



Universidad Nacional de Rosario
Facultad de Psicología
Secretaría Estudios de Posgrado

Doctorado en Psicología
-Plan de Estudios 1999-2011-

Tesis Doctoral

**Acerca de los fundamentos psicológicos del
tratamiento penal de la minoridad**

Autor
Flavio Andrés D'Angelo

Director de Tesis
Dr. Antonio Gentile

Abril de 2015

INDICE

	Págs.
Dedicatoria	<u>3</u>
Agradecimientos	<u>4</u>
Resumen	<u>5</u>
Introducción	<u>6</u>
Capítulo 1. Proposición	<u>12</u>
Capítulo 2. Argumentación jurídica de la exclusión de pena en el llamado <i>menor</i>	<u>22</u>
2.1. Fundamentos de la inimputabilidad en la teoría del delito.	<u>22</u>
2.2. La incapacidad psíquica de culpabilidad en el derecho de menores.	<u>38</u>
Capítulo 3. El principio de autonomía progresiva	<u>49</u>
Capítulo 4. Elementos de la Psicología del Desarrollo	<u>60</u>
4.1. El modelo estructural del desarrollo moral	<u>63</u>
A. La teoría de Piaget.	<u>64</u>
B. La teoría de Kohlberg.	<u>76</u>
C. Desarrollos actuales.	<u>89</u>
4.2. La teoría psicoanalítica.	<u>93</u>
A. Coordenadas freudianas.	<u>94</u>
B. Afirmación primordial y Asentimiento subjetivo	<u>102</u>
C. Pálidos delincuentes y psicópatas.	<u>106</u>
Capítulo 5. Ensayo de aplicación	<u>111</u>
A. Antecedentes.	<u>111</u>
B. Exposición de los resultados.	<u>112</u>
C. Resumen de los hallazgos.	<u>117</u>
Capítulo 6. Conclusiones y Discusión	<u>120</u>
A. Análisis de los argumentos psicológicos.	<u>121</u>
B. Análisis de los argumentos jurídicos.	<u>127</u>
C. Resumen de Conclusiones. Discusión y Sugerencias de futuros estudios.	<u>135</u>
Referencias	<u>144</u>
Anexos	<u>154</u>
1. Consentimiento informado	<u>154</u>
2. Cuestionario de Síntomas (SCL-90-R).	<u>155</u>
3. Entrevista sobre Juicio Moral	<u>159</u>
4. Tablas 4 y 5	<u>164</u>

***A mis padres,
Jorge Nicolás D'Angelo
Martha S. Tassini***

***A mi esposa,
Silvina Andrea Di Serio***

AGRADECIMIENTOS

La realización de esta Tesis no habría sido posible sin el apoyo, comprensión y dedicación de aquellas personas que me han acompañado a lo largo de varios años.

En primer lugar, agradezco a mi Director de Tesis, Profesor Dr. Antonio S. Gentile, psicoanalista, docente e investigador, maestro desde mis primeros años universitarios y amigo que me honra con su afecto. Siempre cerca en horas de desaliento y desventura, este trabajo no habría fructificado sin su estímulo cordial e intelectual, su orientación y supervisión.

Al Dr. Eugenio R. Zaffaroni, profesor de Criminología en la Facultad de Psicología de la Universidad de Buenos Aires por entonces, quien guió mis lecturas jurídicas, dirigió mis cursos de posgrado en Derecho Penal y leyó mis primeros manuscritos, agradezco su confianza en el proyecto –presentado inicialmente en la UBA– su paciencia y su dedicación. También a la Dra. María Martina Casullo (*In memoriam*), profesora de la misma Casa, quien me brindó sus sugerencias metodológicas y orientó en la selección de técnicas.

A la Profesora Marta Vaca Cardozo, quien con su lectura atenta y minuciosa hizo todo lo posible por mejorar la exposición de este estudio, en sus aspectos gramaticales y de estilo.

Muy especialmente, agradezco a mi esposa, la psicoanalista Silvina Di Serio, por su amor y apoyo incondicional, pese a las horas robadas al descanso y a la reunión familiar. A ella, como a mis padres, dedico este trabajo del cual, por su presencia permanente y aliento, debiera ser reconocida coautora.

Por último, a quienes antes que colegas fueron compañeros; y, más que compañeros, son mis hermanos del alma: Dr. en Psicología Omar Bravo y Psic. Eduardo Barisonzi.

RESUMEN

El objetivo es indagar, mediante un estudio teórico crítico, los fundamentos de la teoría jurídica y la psicología del desarrollo que sustentan –o no– el estatuto de incapacidad psíquica endilgado al llamado *menor*, a fin de apreciar si hay o no razones suficientes para tratar a un adolescente de trece a dieciséis años, de modo diferenciado de un adulto.

Se reseñan las razones jurídicas que mantienen el *status quo* de la minoridad bajo un régimen caracterizado por la incapacidad psíquica. Se exploran las razones extrajurídicas: particularmente las de la psicología del desarrollo sobre el período de interés, concerniente a la adquisición del razonamiento moral, a fin de analizar si resulta compatible con el trato jurídico dispensado.

Considerando que la condición para ser *sujeto de derecho* implica *capacidad biopsíquica* como requisito para sostener la relación jurídica, se recurre a la noción de **juicio moral** para hacer operativo el aspecto normativo de la fórmula de la imputabilidad, mediante evaluación de la habilidad de valoración del hecho, teniendo en cuenta que la capacidad de comprensión de mandatos jurídicos implica un desarrollo del sentido moral de los valores que no se reduce al saber o entender meramente intelectual.

En el estado del conocimiento psicológico actual, no habría ningún argumento teórico que permita tratar al niño-adolescente como *incapaz*.

INTRODUCCIÓN

En este apartado se intentará dar cuenta de las razones y objetivos que mueven al presente estudio, motor que está compuesto tanto por un aspecto subjetivo cuanto por lo que se considera la trascendencia objetiva de un problema particular.

En primer lugar, la inquietud que queda como saldo de la experiencia de cinco años de trabajo como psicólogo en el área de Minoridad y Familia, desarrollada en las instituciones públicas de la Provincia del Neuquén –y más específicamente– en el *tratamiento de menores de edad con causa penal*. Como integrante de los equipos técnicos de la Subsecretaría de Desarrollo Humano (la que por la legislación entonces vigente –Ley 1.613– era parte del instituto jurídico conocido como Patronato de Menores), el ámbito en que el autor se desarrolló profesionalmente desde febrero de 1991 a julio de 1995, lo constituyó el campo de intersección entre la psicología clínica y el derecho, éste encarnado en la institución forense que es el Juzgado de Menores. Técnicamente, dicha actividad tenía un aspecto asistencial dentro del marco de dicha ley: el tratamiento institucional, psicosocial y psicoterapéutico, de los adolescentes de trece a dieciséis años tipificados como “*con problemas graves de conducta y causa penal*”, y otro aspecto concerniente al asesoramiento e información técnica al juzgado interviniente acerca del curso y evolución del llamado *tratamiento tutelar*, que se dispensaba por entonces desde los organismos del Estado provincial.

Por otra parte, y como extensión de esta función, el autor participó en una comisión provincial de reforma legislativa durante el año 1992, que impulsó la adecuación de la legislación del menor a la letra y espíritu de la *Convención Internacional de los Derechos del Niño*. Tal reforma, acorde con una percepción distinta de la condición de la infancia-adolescencia y de la importancia de la dimensión jurídica en el proceso por mejorar las condiciones de vida de este segmento de la población, significó el reflejo a escala provincial de un proceso que comenzaba a darse en América Latina (de manera lograda, cabe citar el precedente novedoso del Estatuto del Niño y del Adolescente, de Brasil) y en Argentina.

Dicho proceso de adecuación del orden jurídico interno a las prescripciones de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (en adelante: CIDN) fue el resultado de la pugna entre dos paradigmas doctrinarios: por una parte, la *doctrina de la situación irregular* –cuyo dispositivo jurídico más importante es la Ley Nacional 10.903, del Patronato de Menores, conocida también como Ley Agote), que inauguró en su momento una tradición tutelar fundada en las nociones de desvalimiento, desprotección e incapacidad como rasgos distintivos de la infancia; y cuyo reflejo provincial era la citada ley 1.613– la que concibe al menor como objeto de compasión-represión; y, por parte de los reformistas, la *doctrina de la protección integral*, que piensa al niño y al adolescente como sujeto de derecho en el sentido progresista de la Declaración Universal de los Derechos del Niño (García Méndez, E., 1992). Dicho paradigma de la protección integral de los derechos de la niñez significa que los niños y adolescentes deben ser considerados sujetos plenos de derecho y que sus derechos merecen una protección especial.

Desde el año 1992, organizaciones gubernamentales y no gubernamentales trabajaron en Neuquén para lograr la sanción de una ley acorde al espíritu de la CIDN, siendo de destacar la iniciativa y el impulso de la Dra. Alicia Gillone –primero como Subsecretaria del Menor y la Familia y luego como legisladora provincial–.

Tales esfuerzos dieron lugar a la sanción de la ley 2302 (1999), a diez años de la aprobación de la Convención Internacional. La norma, vigente desde el año 2000, mantiene e incorpora el espíritu de esa declaración internacional, y estableció a la Provincia de Neuquén como pionera en concordar su legislación local a la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

En la Nación, aunque esta Convención integra nuestro derecho interno desde el año 1990 con la sanción de la Ley 23.849, será con la reforma de 1994 que alcance jerarquía constitucional con su inclusión en el Art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional (CN). Pero habrá que esperar al año 2005, cuando entre septiembre y octubre sea sancionada y publicada la Ley 26.061, *de Protección Integral a los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes*, cuyo antecedente fue precisamente la incorporación de la CIDN al texto constitucional en la asamblea constituyente del año 1994, para que tal incorporación –y su antecedente, la Ley 23.849– comience a hacer efectivo el cambio en la forma de entender la infancia, la adolescencia y sus derechos. Este giro es caracterizado frecuentemente en la bibliografía como un *cambio de paradigma*: desde la *doctrina de la situación irregular*, centrada en una idea negativa del niño como objeto de protección y tutela (dados su natural desvalimiento e incapacidad), a la de la *protección integral de los derechos de la niñez*, lo que significa que los niños, niñas y adolescentes deben ser considerados positivamente como sujetos activos, plenos de derecho, y que sus derechos merecen una protección especial.

No obstante, se mantuvo durante más de quince años la coexistencia de ambos paradigmas, por la vigencia de la Ley 10.903/19 (o Ley Agote), que instaló en 1919 la doctrina de la situación irregular, y por la vigencia de las leyes provinciales que seguían sus lineamientos.

La sanción de la Ley 26.061 del año 2005 fue la respuesta a la necesidad de contar con un instrumento legal específico, una Ley-Marco basada en el paradigma de la protección integral, que unifique la legislación preexistente sobre los derechos de niños, niñas y adolescentes, y supere la confusión y fragmentación entre las diversas leyes provinciales y nacionales, de diferente tenor.

En este sentido, representó un avance significativo e indudable en la renovación doctrinaria, actualización conceptual e inclusión de principios tales como el reconocimiento del niño/a como sujeto pleno de derecho; el resguardo jurídico de su condición de ser en desarrollo; la consideración en primer término de su interés superior por encima de cualquier otro derecho; su derecho a ser oído en cualquier instancia judicial o administrativa en el marco de un debido procedimiento y a tener en cuenta sus dichos para la toma de las decisiones; y el resguardo de su privacidad. **Es decir, un indubitable progreso en la definición de la infancia como sujeto de derecho, definición que supone, esencialmente, reconocer la subjetividad del niño expresada como capacidad para ejercer los derechos propios y adquirir obligaciones, capacidad asentada en una noción de autonomía ligada a los tiempos evolutivos del desarrollo.** Planteo de una autonomía que impacta, pues, sobre la noción de responsabilidad.

Este impacto se verifica en otros avances, como por ejemplo la modificación y derogación de distintos artículos del Código Civil y del Código de Comercio por medio de la Ley 26.579 (B. O. –Boletín Oficial-, 2009), la que establece el *cese de la incapacidad* de los menores por la mayor edad el día en que cumplieren los 18 años:

LEY 26.579. Artículo 1º.- Modifícase el Código Civil en los artículos 126, 127, 128, 131 y 132 del Título IX, Sección Primera del Libro I; el artículo 166 inciso 5) y el artículo 168 del Capítulo III del Título I, Sección Segunda del Libro I; los artículos 275 y 306 inciso 2) del Título III, Sección Segunda del Libro II; el artículo 459 del Capítulo XII, Sección Segunda del Libro I, los que quedan redactados de la siguiente forma:

Artículo 126: Son menores las personas que no hubieren cumplido la edad de DIECIOCHO (18) años.

Artículo 127: Son menores impúberes los que aún no tuvieran la edad de CATORCE (14) años cumplidos, y adultos los que fueren de esta edad hasta los DIECIOCHO (18) años cumplidos.

Artículo 128: Cesa la incapacidad de los menores por la mayor edad el día que cumplieren los DIECIOCHO (18) años. (...)

El art. 5 de la Ley 26.579 dispone que *toda disposición legal* que establezca derechos u obligaciones hasta la mayoría de edad debe entenderse hasta los 18 años (excepto en materia de previsión y seguridad social, en que dichos beneficios se extienden hasta los 21 años), *incluyendo, obviamente, las disposiciones de carácter penal y las del régimen penal de menores*. Pero ello no ha sido así respecto de éstas últimas (Castelli, A. G. P., 2011: 608).

En efecto, la ley 26.579 modificó, entre otros, el art. 126 del Código Civil (en adelante: CC) que quedó redactado de la siguiente forma: “*Son menores las personas que no hubieren cumplido los 18 años de edad*”, y el art. 128 del CC: “*Cesa la incapacidad de los menores por la mayor edad el día en que cumplieren los 18 años*”. Por su art. 5, la ley 26.579 dispuso que “*Toda disposición legal que establezca derechos u obligaciones hasta la mayoría de edad debe entenderse hasta los 18 años, excepto en materia de previsión y seguridad social en que dichos beneficios se extienden hasta los 21 años...*”. Esas disposiciones legales a las que alude el art. 5 incluyen, obviamente, las de carácter penal y, consecuentemente, las relativas al régimen penal de los menores. Pero en el debate parlamentario no fue tema de análisis verificar de qué modo afectaba esta reforma de la edad de cese de la minoría de edad a la justicia penal juvenil, la que se encuentra normada por ley 22.278/22.803 (Régimen Penal de Menores).

En segundo lugar, llama la atención la continuidad, persistencia y pervivencia de este dispositivo tutelar (doctrina de la situación irregular) –reñido con la Constitución Nacional– en el ámbito del **régimen penal minoril**, tanto en su letra como en la práctica institucional. En efecto, si bien el proceso de reforma normativa comienza a dejar atrás la noción de incapacidad como fundamento de la protección, hoy todavía el régimen penal aplicable a los jóvenes y adolescentes en la República Argentina no se desvincula del sistema tutelar que impone la ley 22.278. Y, como sostiene M. Beloff:

El sistema que se aplica en la Argentina combina lo peor de la tradición tutelar con lo peor de la tradición penal. En otras palabras: no protege sino castiga; y castiga sin garantías ni derechos, porque la intervención estatal sobre menores imputados de delitos se justifica sobre la base de argumentos tutelares en lugar de argumentos represivo-sancionatorios propios del derecho penal liberal (Beloff, M., 2005: 102).

La Ley 22.278 (reformada por Ley 22.803) establece que las personas que no hayan cumplido dieciséis años al momento de cometer un delito *no son punibles*, como tampoco lo son quienes no hayan cumplido dieciocho años de edad respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de libertad que no exceda de dos años, con multa o con inhabilitación (art. 1º).

Se trata, pues, del tratamiento tradicional de la cuestión de la *responsabilidad penal de los adolescentes en conflicto con la ley* asentada sobre la figura de la *incapacidad*, y conforme con aquella percepción jurídica del universo infancia-adolescencia como objeto de una práctica judicial que –al decir de García Méndez (1992) – “no sabe, no quiere, o no puede, amparar a los sectores más débiles de la sociedad, *sin una previa declaración de incapacidad jurídica y social...*” (las cursivas son nuestras).

Entonces, si bien el proceso de reforma normativa que se resume en esta Introducción comienza a dejar atrás la noción de incapacidad como fundamento doctrinario de la protección, hoy todavía el régimen penal aplicable a los jóvenes y adolescentes en la República Argentina no se desvincula de la ideología tutelar impuesta por la ley 22.278. Esta situación requiere que sea revisado el estatuto mismo de esta incapacidad.

Dicho de otro modo: la concepción del niño como sujeto titular de derechos y con capacidad progresiva de ejercicio, que pone en cuestión a las teorías sobre la capacidad e incapacidad de las personas menores de edad aún vigentes en aspectos de nuestro derecho civil, y decididamente en el derecho penal juvenil, tiene una relevancia social que merece el aporte de la ciencia psicológica.

Y en este punto, las íntimas motivaciones se encuentran con la visualización objetiva del problema, cuya tentativa de solución –aunque sea parcial– justifica este abordaje.

Se apunta, pues, a contribuir a la *resolución de un problema: el de la ausencia de criterios sólidos respecto de la noción jurídica de responsabilidad penal* (noción problemática de por sí, tanto para la doctrina jurídica como para los especialistas de la psiquiatría y de la psicología forense) *en el terreno de la menor edad*; para colaborar con una sólida fundamentación científica en el proceso de reforma legislativa mencionada más arriba, en la que una discusión entre los representantes de los dos paradigmas doctrinarios mencionados (*doctrina de la situación irregular versus doctrina de la protección integral*) –aparentemente superada en la doctrina a favor del último– se refleja actualmente en las prácticas penales-tutelares que le impiden a la República el acceso a una actualizada ley penal acorde a los criterios garantistas que predominan hoy en las legislaciones procesales de la mayoría de las provincias.

Entonces, la propuesta es: **indagar los fundamentos psicológicos del tratamiento penal de menores, tal como se concibe en el ordenamiento jurídico actual vigente en la República Argentina.**

Para los fines propuestos, se ofrece, en primer lugar (capítulo 1) la *Proposición* de este estudio, es decir, la identificación del problema teórico: descripción de la problemática propuesta, el contenido y los límites de la tesis, como también sus objetivos, importancia y justificación. Se refieren las fuentes del conocimiento, los

procedimientos y técnicas empleados, y se proporciona un inventario de trabajos similares, concluyendo que el objetivo a examinar es un tema muy poco estudiado desde la perspectiva propuesta.

En el capítulo 2, se reseñan las razones jurídicas que se han alegado para mantener el *status quo* de la minoridad bajo este régimen, caracterizado por la *incapacidad psíquica*, según se desprende de la normativa vigente. Se constata que, en la persecución de sus fines, el derecho minoril consagra a esta forma de *incapacidad* como recurso de protección jurídica, estatuto desde el cual será impuesto el tratamiento que recibe el menor de edad tanto en las relaciones civiles como en las penales y laborales. Se destaca que los argumentos jurídicos de la exclusión de pena en el menor de edad se sostienen de esta presunta incapacidad y se informa sobre el régimen penal de menores y su vigencia actual. Se revisan los conceptos de imputabilidad e inimputabilidad en la teoría jurídica del delito y su tratamiento en la doctrina penal argentina. Se postula, a partir de dicho recorrido, la necesidad de examinar la premisa que establece que el menor es un ser básicamente incapaz, lo que se fundamenta en la insuficiencia alegada: la de su limitado desarrollo de su posibilidad de comprensión y valoración ético-social.

En el tercer capítulo se examinan los alcances y efectos de la reforma legislativa sobre este aspecto, a partir de la introducción de la noción psicojurídica de *autonomía progresiva*, sobre la cual se asienta la noción misma de sujeto de derecho del paradigma renovador. Y se examina hasta qué punto el principio de autonomía progresiva –que introdujo el cambio normativo– afecta, en el régimen penal de menores, la premisa de la incapacidad.

En el cuarto capítulo, las razones extrajurídicas, fundamentalmente las que brinda la psicología del desarrollo, sobre el período de interés para este trabajo: el que va de los trece a los dieciséis años, concerniente al desarrollo o constitución de la conciencia moral. Se pasa revista al estado actual del tema del desarrollo moral, dando razones de por qué –dentro de las teorías del desarrollo psíquico– identificamos a los aportes psicogenéticos (Piaget, Kohlberg) y psicoanalíticos (Freud, Lacan) como la literatura científica más fecunda sobre el tema. Se recorre, pues, dos de las teorías que mejor explican el fenómeno moral y, en este empeño, se recupera una noción psicoanalítica descuidada en los desarrollos más recientes: la noción de *conciencia moral*.

En el capítulo 5, en primer lugar se ilustra la cuestión por medio de un ensayo de aplicación de los conceptos en juego sobre los resultados de un estudio de campo proveniente de una investigación realizada en otro contexto y en otro momento, por medio de la descripción del estado psicológico de una población de menores en conflicto con la ley penal, a fin de evaluar la capacidad intelectual de razonamiento moral. A título informativo, se explicitan los problemas metodológicos encontrados y se fundamentan las decisiones tomadas respecto de los instrumentos de evaluación adoptados. En segundo lugar, en este mismo capítulo se detallan los hallazgos, se analizan los resultados obtenidos y se los contrasta con los supuestos teóricos (jurídicos y psicológicos) previamente examinados, teniendo en cuenta las preguntas que dieron lugar al estudio, lo que permitirá concluir si hay o no razones suficientes para tratar a un adolescente, dentro del rango de edad que comprende los trece a dieciséis años, de un modo diferenciado de un adulto.

En el capítulo 6, se analizan los argumentos psicológicos y jurídicos y se retoman las preguntas que motorizaron el estudio, para intentar responderlas. Se ofrece la

noción de *juicio moral* como un constructo psicológico a partir del cual interpretar el sentido valorativo de la comprensión requerida por el artículo 34, inciso 1º, del Código penal argentino; y la de *conciencia moral* como función judicial que expresa el modo de referencia de la personalidad a las normas. Respecto de los argumentos jurídicos, se da cuenta de la identificación entre minoridad e incapacidad –cuyo resultado es la no punibilidad del menor– a partir de la noción de *ficción (jurídica)*, la cual funciona como una premisa lógica –la ficción de incapacidad psíquica del menor de dieciséis años– de la cual se derivan consecuencias funcionales con metas de política criminal. Finalmente, se plantean algunos puntos de discusión y sugerencias para futuros estudios.

CAPITULO 1

Proposición

Justificación del estudio propuesto. Descripción de la problemática. Contenido y límites de la tesis. Objetivos, importancia y justificación. Fuentes de conocimiento, procedimientos y técnicas empleados. Inventario de otros trabajos de investigación sobre el mismo problema.

La propuesta es **indagar los fundamentos psicológicos del tratamiento penal de menores, tal como se concibe en el ordenamiento jurídico actual vigente en la República Argentina.** Ello, por medio de indagar los fundamentos teóricos (en la teoría jurídica del delito y en la psicología del desarrollo) de la exclusión de pena que obedece a *inimputabilidad* en jóvenes de trece a dieciséis años de edad. Este rango de edad se refiere al grupo de adolescentes no-punibles en el ordenamiento penal de menores. Los trece años es el límite entre la condición de niño y la de adolescente (art. 25 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994) y, por debajo de los dieciséis años es considerado no punible por el régimen penal de menores.

Hay una doble razón para investigar lo que sucede en este rango de edad –que se corresponde a la franja del denominado *adolescente* en el art. 25 del nuevo Código Civil y Comercial recientemente sancionado y promulgado (Ley 26.994/14), y que entrará en vigencia el 1º de agosto de 2015) –.

Por una parte, ambas edades, trece y dieciséis años, funcionan como un piso y un techo para cierta división “administrativa” de la minoridad vigente no sólo en el ámbito correccional de menores, que tipificaba a la población juvenil de sus institutos en base a este rango. Por otra, el art. 26 del mismo ordenamiento, referido al ejercicio de los derechos por la persona menor de edad, reconoce que *entre los trece y los dieciséis años el adolescente tiene aptitud para decidir por sí* “respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física”, y es partir de esta última edad que el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo. Dicho supuesto psicológico de aptitud, que empieza a imponerse con la reforma legislativa, entra en colisión con el que impone un límite de no-punibilidad a la misma edad (16 años), consagrada por el régimen penal de menores aún vigente; lo que torna interesante explorar los saberes subyacentes (particularmente, los fundamentos psicológicos) que operan en la toma de decisiones legislativas.

De manera apriorística, se da por sentado que existen unos determinados *fundamentos psicológicos* en el Derecho: el conjunto de nociones, representaciones y conceptos jurídicos de corte psicológico, pertenecientes o no a la disciplina psicológica, pero que figuran tanto en el texto de la normativa vigente como de la teoría jurídica del delito o de la doctrina civil, y que una autora argentina llama la *psicología del jurista* (Travacio, M., 1997). O lo que los tratadistas de la Psicología Jurídica, como Muñoz Sabaté (1980), distinguen entre una psicología *en* el derecho (es decir, la que hace referencia a la psicología implícita en la lógica del derecho y en las nociones del jurista), la psicología *del* derecho (que pretende explicar la

esencia jurídica desde los presupuestos teóricos de la psicología) y la psicología *para* el derecho, es decir, la psicología *aplicada* al mejor ejercicio del derecho, que es finalmente la propuesta de Emilio Mira y López (1932); tres alternativas que constituyen tres modos desde donde abordar un posible *método psicojurídico* (Muñoz Sabaté, 1980). **Esta psicología del jurista, en parte implícita y en parte explícita, es la que interesa pesquisar.**

El objetivo de este estudio es, pues, indagar los fundamentos teóricos de una **diferencia psicológica radical** –*normativamente relevante para el discurso jurídico*– entre los adolescentes y los adultos; diferencia que está basada en una presunta *incapacidad psíquica*. Y que es normativamente relevante porque acarrea *efectos jurídicos*, efectos que pueden ser resumidos en términos de exclusiones: exención de la pena (“no punible”), pero también expulsión o destitución de la relación jurídica y del conjunto de garantías inherentes a la calidad de persona (el “no ha lugar”¹ relativo a la condición de inimputabilidad).

Por otra parte, si bien la ley no establece *directamente* que los menores de edad sean inimputables, sino que expresa que son “*no punibles*” –lo que sólo puede interpretarse en el sentido de que al menor no se le aplicará pena (Beloff, M., 2005: 102)– no expresa que el menor sea penalmente irresponsable, pero, decididamente, *este es el presupuesto teórico para la exclusión de la pena*: Como sostiene el tratadista S. Soler (1976: 60), la relación entre delito y minoridad se resuelve mediante la *exclusión de la pena* (no-punibilidad) que, en la doctrina penal argentina, obedece a *inimputabilidad*. Tal incapacidad para ser *culpable*, o sea, para saber lo que se hace y conocerlo como contrario al derecho, y para dirigir sus acciones conforme a ese conocimiento, es lo que *excluye* la imputabilidad como *presupuesto subjetivo de la culpabilidad*, dando lugar a la condición de inimputabilidad (punto que se desarrollará en el siguiente capítulo).

Esto se afirma teniendo en cuenta que, en el derecho argentino vigente, se consagra una *fórmula negativa* de la imputabilidad, consignando las causas biológicas o psiquiátricas que la excluyen, y los *efectos psicológicos* que la condicionan negativamente. Así, el artículo 34 del Código Penal (CP) en su primer inciso establece que *no es punible*:

...el que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por *insuficiencia de sus facultades*, por *alteración morbosa de las mismas* o por su *estado de inconsciencia*, error o ignorancia de hecho no imputable, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones.

Como se ve, de dicha fórmula legal se desprende el sentido positivo del concepto, por el cual la imputabilidad resulta ser la *ausencia de un impedimento de carácter psíquico para la comprensión de la antijuridicidad* (Zaffaroni, E. R., 1995: Vol. IV, 120).

Esta fórmula que identifica *no punibilidad* con *inimputabilidad* se la encuentra, otra vez, en el artículo 1º del régimen penal de menores:

¹ Expresión que alude al estado de no responsabilidad, tal como lo consagra el art. 64 del código penal francés, y que encontramos aplicado en el caso Althusser, de 1981. Véase al respecto la autobiografía del filósofo citado: ALTHUSSER, Louis (1992). *El porvenir es largo*. Barcelona: Ediciones Destino.

Art. 1º.- No es punible el menor que no haya cumplido dieciséis años de edad. Tampoco lo es el que no haya cumplido dieciocho (18) años, respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de libertad que no exceda de dos (2) años, con multa o inhabilitación. (Ley 22.278, Régimen Penal de la Minoridad).

Esta declaración de “no ha lugar” (de exclusión de la relación jurídica) significa que se exime al sujeto de responder por el acto reprochable cometido, por más probada que esté la relación causal entre delito y autor, y su efecto jurídico es la despenalización. Es por tal razón que el Régimen Penal de Menores habla de *no punibilidad*.

Pero no cabe duda que dicha condición de *no punibilidad* se sostiene de una *presunción de inimputabilidad* (es decir, de una **incapacidad psíquica por insuficiencia de sus facultades**) que no admite prueba en contrario y que renuncia a cualquier prueba de capacidad o discernimiento.

Menor
(No punible)

Incapacidad Psíquica Presunta
(Inimputabilidad)

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en su art. 25 dispone que: “Menor de edad es la persona que no ha cumplido DIECIOCHO (18) años”; y, en este mismo art. 25, *in fine*, establece que “Este Código denomina adolescente a la persona menor de edad que cumplió TRECE (13) años” (con lo que se reserva la categoría de “niños” al universo por debajo de los trece años, en lo que entraña una cierta diferencia con lo dispuesto la CIDN, cuyo art 1º considera niño a todo ser humano hasta los dieciocho años).

Como se vio al inicio de este capítulo, si bien por *adolescentes* se entiende la franja de 13 a 18 años, en este estudio se le presta especial atención al subgrupo de 13 a 15 años (los menores de 16, *no punibles*), lo que permite introducir una distinción para mejor examinar las diferentes situaciones en que se encuentran los adolescentes entre sí (en comparación con los de la franja de 16 a 17) y con el mayor de edad (particularmente, de 18 a 21).

Diferencias que, necesariamente, deberán incidir en el establecimiento de los estándares especiales para su tratamiento penal en el futuro, en los cambios que se realicen en el nuevo dispositivo por venir y a partir de los principios que consagra la Ley 26.061, sea en materia de Derecho penal sustantivo (es decir, particularmente, en relación con los presupuestos de la responsabilidad penal), sea en materia de juzgamiento y de determinación y control de la ejecución de las penas (COUSO, J., 2012: 270). Para ello, se examina las principales afirmaciones empíricas de la psicología del desarrollo acerca de las competencias psicológicas en juego.

Descripción de la problemática

La relación entre delito y minoridad –como aquella entre crimen y locura– se resuelve, en el discurso jurídico, mediante la *exclusión de la pena*, lo que en la doctrina penal argentina obedece a *inimputabilidad* (SOLER, S., 1976). Esta sanción, por la cual se despenaliza al agente de una acción contraria a la ley, exime al sujeto de responder por el acto reprochable cometido por más probada que esté la relación causal entre delito y autor.

La imputabilidad, requisito previo a la responsabilidad y a la culpabilidad, “*calidad del sujeto agente para que se le puedan cargar (atribuir) las acciones u omisiones realizadas por él (...) estado, un modo de ser del sujeto, una condición intransferible derivada de ciertas calidades subjetivas en el momento del acto...*” (Frías Caballero, J., 1981: 17) que hace al sujeto pasible de reproche, le es denegada al demente mediante un acto procesal. La consecuencia inmediata a su sanción es la *exclusión*, del actor, de la relación jurídica.

¿A qué responde dicha exclusión? A alegadas razones de diversos órdenes, humanitarias entre otras, que pueden rastrearse en la historia de las ideas desde el siglo XVIII (Foucault, M., 1954, 1961). Históricamente, es a partir de este siglo cuando surge una concepción humanista que reintegra al enfermo mental su naturaleza humana: del alienado como *poseído* al alienado como desposeído de aquella facultad considerada la más alta del hombre: la Razón. Paradójicamente, de este movimiento progresista –en que la locura comienza a estudiarse en la Facultad de Medicina de la Sorbona y que es simbolizado por el gesto de Ph. Pinel liberando a los encadenados de Bicêtre– surge el conjunto de prácticas de exclusión que segregan al enfermo de la sociedad de hombres libres. El alienado es alguien que ha perdido el uso de las libertades que le confirió al ciudadano la revolución burguesa de 1789. Se lo sanciona como enajenado y se le transfiere a un tercero los derechos de su libertad individual.

Es entonces en esta tradición humanista respecto al tratamiento del demente, que se inscribe la doctrina de la inimputabilidad. **La pregunta que se desprende es: ¿Hay razones de otro tipo, razones clínicas, de psicología evolutiva u otras, que sustenten este estado de cosas, no ya en la psicosis, sino en la menor edad?**

En el caso del menor de dieciséis años es claro que se busca preservar al joven del infierno de la prisión; pero para ubicarlo en un limbo donde, como consecuencia inmediata, queda excluido de la relación jurídica y del régimen de garantías procesales básicas compatibles con la dignidad de persona; y como corolario, la privación de responder por el acto imputable cometido.

Se caracterizará al régimen penal de menores *desde una perspectiva psicológica*, es decir, *no* desde los enfoques de la crítica institucional o social, que aunque renovadores en su hora (véase, por ejemplo, los de Goffman, o los del movimiento antipsiquiátrico: Cooper, Laing, Szasz) sus postulados abusan de una correlación demasiado estrecha entre lo social y lo mental.

Desde esta perspectiva psicológica, el recurso operatorio a conceptos y nociones provenientes de la doctrina jurídica –tales como *imputabilidad-inimputabilidad; incapacidad psíquica-capacidad psíquica de culpabilidad*– permitirá identificar un conjunto de conceptos que –pertenecientes o no a la disciplina psicológica– figuran tanto en el texto de la normativa vigente como en el de la doctrina, y así analizar los supuestos subyacentes a tales nociones y representaciones que, si bien no pertenecen a la psicología, su contenido psicológico es innegable.

En el caso del menor de dieciséis años sucede que, por excluirlo de la penalidad (es decir, del reproche penal por una acción antijurídica), se recurre a una *presunción de inimputabilidad* (es decir, de una **incapacidad psíquica por insuficiencia de sus facultades**) que no admite prueba en contrario y que renuncia a cualquier prueba de capacidad o discernimiento. Entonces, por el régimen penal de menores todavía vigente (ley 22.278, Art. 4, inciso 3), en el lugar de la sanción que le cupiese por la comisión de actos tipificados como delitos, debe ser pasivo de un período de *disposición judicial* durante el cual se ordenará el “tratamiento tutelar”. El sentido de esta medida es la evaluación de las pautas conductuales del “menor” y de la presunta rehabilitación (en cuyo caso el juez considera la no aplicación de la pena). Con esto, a la vez que se busca preservarlo de la prisión, se lo *priva* de responder del acto imputable cometido y se lo *excluye de la relación jurídica y del régimen de garantías procesales*.

Esta situación de una cierta privación y exclusión es la nota característica del llamado régimen penal de menores. Z. Fellini (1996) plantea que, desde un punto de vista comparativo los modelos de legislación de menores suelen ser reducidos a dos: 1) uno, llamado de *justicia de menores*, similar al modelo de adultos, que da prioridad al respeto de las garantías individuales en el proceso penal, aunque admitiendo elementos diferenciales; y 2) otro al que se suele denominar *modelo de bienestar*, proveniente de las legislaciones angloamericana y escandinava, en los que se tienen en cuenta aspectos de política social (amparo, defensa y ayuda) antes que los aspectos garantistas. Como sostiene esta autora, frente a estos dos modelos es posible advertir la existencia de un tercero, propio de los países latinoamericanos, que podría denominarse de *defensa social*, donde las medidas tutelares previstas como consecuencia de hechos punibles no son, en rigor, medidas de protección del menor, sino medidas de protección de la sociedad –lo que es perceptible en un rasgo institucional determinante, cual es la opción por el confinamiento de los llamados menores en instituciones cerradas–:

“La doctrina y la legislación argentinas han priorizado reiteradamente aspectos tutelares o de política social; se ha sostenido así que la ley 22.278 tiene una absoluta prescindencia de la vinculación entre el hecho ilícito y el menor, por la función proteccional y de patronato que cumple; y también que sigue la tendencia actual para situar al menor fuera del Código represivo (...) en reiterados casos las medidas tutelares llevan a privaciones de libertad, tanto o más prolongadas que las penas de prisión” (Fellini, Z., 1996: 44).

Por otra parte, y junto a una aproximación exploratoria a los textos, tratados jurídicos y doctrina penal actualmente vigente, que permitirá determinar y explicitar cuáles son las razones dadas desde el derecho para justificar el actual *status* jurídico del niño-adolescente, *estatuto fundamental en este estudio puesto que determina las condiciones bajo las que se desenvuelve la tutela que se le dispensa al menor en conflicto con la ley penal*, se reseñará también los actuales progresos en materia de psicología del desarrollo acerca de la formación del juicio moral y de la conciencia moral, para **determinar en qué medida las teorías psicológicas actuales son convergentes o divergentes con esta psicología ad-hoc (o psicología en el derecho, lo que más arriba se denomina la psicología del jurista**.

Por último, se presentan, a título ilustrativo y como ensayo de aplicación de las nociones puestas en juego, los resultados de un estudio de campo realizado en

2002, en un instituto de menores alojados por conflicto con la ley penal. En su momento, se pudo obtener una muestra de casos en la ciudad de Rosario, proveniente de la investigación “*Salud Mental y Desarrollo moral en adolescentes en conflicto con la ley penal*”, que llevara a cabo este autor, en el marco de la cátedra Psicología y dirigido por su profesor titular, con la colaboración de la Dirección Provincial del Menor que facilitó el ingreso al Instituto IRAR. Si bien el objetivo de conocimiento de dicho estudio era epidemiológico y fueron oportunamente reportados en un informe de investigación, los resultados obtenidos respecto de nivel de desarrollo moral ilustran este estudio.

Si bien, como se viene diciendo, cambió el marco jurídico nacional y este tipo de instituciones “tutelares” fueron algunas cerradas o bien reformadas, el autor considera que dicha investigación aporta información positiva más allá de su valor “histórico”: datos referidos al estado psicológico de la población de la muestra y a su capacidad cognitiva de razonamiento moral, lo que podrá contrastarse con el trato jurídico que se les dispensaba a estos jóvenes según un régimen penal de menores que, todavía, es vigente. Otra razón de interés de este estudio de casos, reside en que puede ser un modelo útil para otros investigadores que decidan utilizar la categoría de *juicio moral*, dada la relativa ausencia de antecedentes de este tipo de investigación.

Fuentes de conocimiento, procedimientos y técnicas empleados

En la medida en que el objetivo bajo examen es un tema poco estudiado –tal como se desprende de la revisión de la literatura y de los antecedentes de la cuestión– se procederá a implementar una investigación teórica exploratoria, en la que se pondrán en juego conceptos provenientes de la psicología del desarrollo no empleados usualmente en la problemática examinada, como *desarrollo moral* y *conciencia moral*, para poner a prueba el alcance de nociones y conceptos jurídicos con los datos que arroja la investigación psicológica.

Para llevar adelante este trabajo, se empleó la noción de *estadio de desarrollo moral*, entendida como una secuencia del desarrollo de la personalidad que se refiere a la capacidad de emitir un juicio moral, dentro de un proceso cognitivo que implica una reflexión sobre los valores y su ordenamiento en una jerarquía lógica. La teoría del desarrollo moral está arraigada en los trabajos de Jean Piaget (1932) y de Kohlberg (1976), de la Universidad de Chicago, que en los años `50 aplica el concepto de *desarrollo en estadios*, que Piaget aplicó al desarrollo cognitivo, al estudio del juicio moral. Secundariamente, una serie de categorías provenientes del campo de la psicopatología, susceptibles de adquirir cierto valor, y cuya presencia o ausencia podrían ser significativas en la interpretación de los resultados, para dar cuenta de la “insuficiencia de las facultades” o de la “alteración morbosa” de las mismas.

Los objetivos del estudio exploratorio al que se recurre como ilustración se centraron en la *evaluación diagnóstica del aspecto psicológico*. Para tal fin se elaboró el instrumento de recolección y registro de datos, que sistematiza la información obtenida con el recurso de dos tipos de técnicas: un inventario o registro de síntomas, la primera; y basada en la entrevista sobre juicio moral diseñada por Kohlberg, la otra.

Inventario de otros trabajos similares

De la revisión de la literatura y de los antecedentes de la cuestión se desprende que el tema a examinar ha sido muy poco estudiado en el contexto académico argentino. En los anuarios de investigaciones de las principales unidades académicas y en las publicaciones especializadas en lengua española, no se han encontrado estudios similares sobre el mismo problema, desde la perspectiva que busca correlacionar nivel de desarrollo moral con responsabilidad penal.

Respecto de la salud mental en adolescentes, si bien existen antecedentes de estudios epidemiológicos –el de más vasta proyección y profundización es, sin duda, el de la Profesora Dra. María M. Casullo– son igualmente escasas las referencias a estudios epidemiológicos en Argentina sobre la población de interés.

Una de las pocas excepciones –además del trabajo pionero de Casullo ya citado– la constituye el trabajo de Susana Quiroga (Proyecto UBACyT 2004-2007 P069, desarrollado en el Programa de Psicología Clínica para Adolescentes), de la cátedra de Adolescencia de la Universidad de Buenos Aires.

Efectuada una revisión de las bases de datos PubMed y Medscape, sobre publicaciones de psiquiatría infantojuvenil que abordaran la prevalencia de trastornos psiquiátricos en niños de edades comprendidas entre los 4 y hasta los 16-17 años (puesto que los sistemas clasificatorios DSM-IV y CIE-10 no sirven para diagnosticar niños menores de 3 años), se seleccionaron aquellos estudios llevados a cabo en países de habla hispana y en Latinoamérica.

Estudios como el de México D. F., en el cual se analizó una muestra de 3.005 adolescentes (12 a 17 años), tomada mediante la Entrevista CIDI-A, y que encontró una prevalencia de 39,4% de trastornos psiquiátricos, compuesta por T. de Ansiedad (29,8%) T. del Estado de Ánimo (7,2%), T. del Control de los Impulsos (15,3%) y T. por Abuso de Sustancias (3,3%) (Kessler, R. & Ustun, T., 2004).

El estudio de Canino et al. (2004) sobre población portorriqueña (1.886 díadas niño/cuidador utilizando la entrevista estructurada DISC-IV en español), y que encontró prevalencias de trastornos específicos de niños entre los 4 y los 17 años en torno a un 6,9% (abarcando Depresión= 1,7%, T. de Ansiedad= 2,9%, TDAH= 3,7%, T. de conducta= 1,3%, T. Oposicionista Desafiante= 3,4% y Abuso de drogas= 0,4%).

El estudio de Taubaté, Brasil (Fleitlich-Bilyk, B. & Goodman, R., 2004), sobre 1.251 escolares de 7 a 14 años, encontró un 12,7% de prevalencia global, compuesta por T. de ansiedad (5,2%), T. depresivos (1%), TDAH (1,8%), T. disruptivos (7%), hallando más trastornos externalizados en hombres que en mujeres y observando un aumento de T. Depresivo con la edad.

De la República Argentina puede citarse el Proyecto Epidemiológico realizado en el marco del Convenio de Cooperación Institucional entre el Ministerio de Salud de la Nación y la Asociación de Unidades Académicas de Psicología de las Universidades Nacionales, entre ellas la Universidad Nacional del Comahue, en el bienio 2006-2007, pero que focalizó sobre población infantil (escolar), no adolescente. En Argentina, si bien hay abundante producción e investigación sobre las problemáticas psicológicas en la infancia, a diferencia de otros países latinoamericanos, hay una notable carencia de este tipo de estudios hasta fecha relativamente reciente.

No se han encontrado, en Argentina, estudios que busquen correlacionar patología mental con nivel de desarrollo moral en menores transgresores, es decir, con problemas de conducta y/o causa penal.

En el área de la población juvenil detenida, puede reportarse el trabajo de Abram, Teplin, McClelland & Dulcan (2003) sobre trastornos psiquiátricos co-mórbidos en menores detenidos de ambos sexos y de edades comprendidas entre los diez y dieciocho años, quienes obtuvieron una muestra compuesta por 1829 jóvenes norteamericanos reincidentes, e informaron acerca de un 14% de niñas y un 11% de varones con trastorno mental mayor (psicosis, episodio maniaco o episodio depresivo mayor) y consumo de sustancias.

En Buenos Aires, deben reportarse los estudios epidemiológicos de A. Quiroga (2004) dentro del Programa de Psicología Clínica para Adolescentes, los que encontraron, entre otros hallazgos, una alta prevalencia de ideaciones e intentos suicidas, alexitimia y sucesos de vida traumáticos, así como una desestimación del riesgo que conduce a conductas de pasaje al acto en la población cliente, si bien no se trataba de menores detenidos.

El análisis del vínculo entre conducta antisocial y desarrollo moral ha sido abordado sobre todo en el medio anglosajón, y en el contexto de los estudios sobre razonamiento moral (Rest, 1979; Rest & Narváez, 1994; Blasi, 1980; Smetana, J. G., 1990; Nelson, Smith & Dodd, 1990).

En lengua española, hay estudios como el de Espinosa Breen *et al* (2002) llevado a cabo en La Coruña (España); o el estudio interdisciplinario psicológico-sociológico-antropológico sobre carrera delincencial en Bogotá, que focaliza sobre el delito juvenil (AA. VV., 2001). Pero no hay referencias en el último congreso de la S.I.P., en 2011, no sólo respecto del vínculo entre antisocialidad y razonamiento moral, sino tampoco sobre el tema mismo del desarrollo moral, que aparece sólo en ocho trabajos, entre conferencias, simposios y contribuciones libres, pero siempre aplicado en las áreas clínica y educativa e incluso de la “psicología militar y de la seguridad social” (AA.VV., 2011: 1179), y por fuera del ámbito de la psicología jurídica y forense (psicología y ley).

Asimismo, en el XXX Congreso Interamericano de la S.I.P. (Buenos Aires, 2005), se ha encontrado el mismo número: ocho ponencias y *posters* –sólo una de autores argentinos– que abordan de manera consistente (teórica y/o metodológicamente) las nociones de desarrollo o razonamiento moral: cuatro de ellas en el ámbito de la Psicología del Desarrollo o del Ciclo Vital (Barba, B., de México; Brenlla, M. E. & Salvia, A., de Argentina; Villegas de Posada, de Colombia; y Frisancho Hidalgo, S., de Perú); una, en el ámbito de Psicología y Ley (Henríquez Bilbao, G., de Venezuela); dos, en el ámbito de la Psicología de los Procesos Cognitivos (Ramírez, J. & Zerpa, C.; y Zerpa, Carlos B., de Venezuela); y una, en Psicología Educativa (González Granados & Argueta Hernández, de México).

Respecto de estudios sobre juicio moral en adolescentes argentinos, sólo se ha hallado la investigación de Maltaneres (2004), de la Universidad Nacional de Rosario, quien estudió el juicio moral de preadolescentes argentinos frente a la problemática de la corrupción, en el marco de la educación general básica (EGB), y desde la perspectiva de la formación en valores.

Sobre delito juvenil y desarrollo moral, en castellano hay un completo informe presentado ante la Universidad Nacional de Colombia: “La carrera delincencial en

Bogotá: el caso de la delincuencia menor” (2001). En esta investigación, la *competencia moral* (es decir, la estrecha relación entre juicio moral y comportamiento moral) es una de las dimensiones en estudio más relevante, que se aborda con el objeto de estudiar la constitución de la llamada “carrera delictiva”. Asimismo, el estudio sobre razonamiento moral y conducta antisocial juvenil en menores de edad, de Espinosa Breen *et al.* (2002).

La variable *desarrollo moral* se encuentra aplicada a diversos estudios con población juvenil, llevados a cabo especialmente en España, México y Colombia, de manera predominante en el campo de la psicología del desarrollo y en la psicología educacional. Así, los estudios de Bonifacio Barba (2000) sobre razonamiento moral en estudiantes de nivel medio en México; los estudios con adolescentes de entre doce y dieciséis años de Cortés Pascual (2002) de la Universidad de Zaragoza, quien aplica los dilemas de Kohlberg en el contexto de la teoría ecológica de Bronfenbrenner; y el estudio con población delincuente en Colombia, arriba citado.

Parece evidenciarse que la teoría de Kohlberg encontró campo propicio para su aplicación en el terreno de la educación, particularmente la educación moral. Es característico de este enfoque aplicado a los objetivos de la educación formal, relacionar desarrollo moral con edad y escolaridad, como el trabajo citado más arriba de B. Barba (2000), de la Universidad Autónoma de Aguascalientes, sobre razonamiento moral de principios (postconvencional) en estudiantes de nivel medio y bachillerato en el Estado de Aguascalientes (México), con una muestra de más de mil alumnos, aplicando el *Defining Issues Test* de James Rest, para conocer su grado de avance en la moral postconvencional, y comparar los resultados con otras variables personales, sociales y educativas

También el modelo de discusión de dilemas morales como método de aprendizaje ético encuentra su primer soporte en la obra de L. Kohlberg, siendo aplicado en México a partir de la innovación curricular en educación primaria y secundaria, con los cursos de formación cívica y moral dentro del Curriculum obligatorio. Asimismo, en la Universidad de Monterrey se adoptó este modelo para los cursos de Ética (Espinosa González, 2003).

En mucha menor medida, es dable encontrar algunos trabajos actuales (desde el año 1990 a la fecha) aplicados al estudio de la delincuencia juvenil, como el trabajo de Aguirre Dávila *et al.* (2001).

En las publicaciones del Anuario de Psicología Jurídica, del Colegio Oficial de Psicólogos de España, que lleva veinte años de existencia, se pueden encontrar numerosas contribuciones al tema de la justicia juvenil. No obstante, **no se encuentra referencia alguna al desarrollo moral aplicado en general, ni a los planteamientos de Kohlberg en particular.**

Particularmente en esta publicación, sólo consta un estudio del año 2004 sobre *Relación entre razonamiento moral, razonamiento prosocial y empatía* (Retuerto Pastor, A., Pérez Delgado, E. y Mestre Escrivá, M. V.), trabajo que busca establecer, desde una perspectiva empírica, la relación entre razonamiento moral, razonamiento prosocial y empatía; y que concluye, a partir de un estudio de casos sobre una muestra de 556 adolescentes y jóvenes (utilizando instrumentos de evaluación como el DIT, el PROM-R y el IRI), que tales constructos están interrelacionados empíricamente de forma positiva, y que además existe una relación positiva entre los procesos cognitivos y afectivos en el desarrollo moral de la persona.

Dicho estudio, que forma parte de una tesis doctoral presentada ante la Universidad de Valencia, firmada por el primero de los autores y dirigida por los otros dos (citada en: <http://hdl.handle.net/10803/10205>), es relevante por lo que aporta respecto de la discusión acerca de la diferencia entre los sexos más arriba referida, puesto que concluye que no se encuentran diferencias significativas en el razonamiento moral de ambos sexos, ya que chicos y chicas obtienen similares puntuaciones (aunque sí diferencias significativas en razonamiento prosocial y en empatía).

Asimismo, en este rastreo de documentación, se ha hallado un *único trabajo*, español (versión electrónica en: <http://es.scribd.com/doc/81060961/Desarrollo-Moral-de-Kohlberg>) que menciona la ausencia de referencias sobre la cuestión eje de esta investigación: se trata del documento *“Desarrollo moral en menores infractores. Una aproximación empírica a partir de Kohlberg”* (2000, Díaz Nieto, Oscar y Elicegui González, Marian), escrito por dos psicólogos del Equipo Psicosocial Judicial de la Administración de Justicia del País Vasco.

Dicho trabajo realiza un acercamiento al razonamiento moral de los menores infractores, en el marco de la nueva regulación legal de la justicia juvenil en España, que contempla una nueva edad penal para los menores, entre los 14 y los 18 años. Estos autores señalan los antecedentes de una serie de trabajos sobre la justicia juvenil centrados, bien en el ámbito exclusivamente judicial o, en relación con los Equipos Técnicos; un segundo grupo de trabajos que describen dinámicas, problemas, modos, pautas o alternativas de actuación en diferentes centros de reforma, o diferentes medidas judiciales y su aplicación concreta; y un tercer grupo de trabajos que se aproximan a la realidad de la delincuencia juvenil desde un prisma empírico, ilustrando a determinado grupo de delincuentes juveniles. *Empero, destacan la ausencia de referencias al tema del desarrollo moral y a la teoría de Kohlberg en particular.*

Por último, si bien en la bibliografía de y sobre Kohlberg se hace mención a estudios sobre nivel de juicio moral en delincuentes juveniles y a sus resultados, no se han encontrado las fuentes primarias en inglés en las bibliotecas visitadas.

CAPÍTULO 2

Argumentación jurídica de la exclusión de pena en el Menor

Inimputabilidad en la teoría jurídica del delito. Su ubicación como elemento exterior al delito (condición o presupuesto de éste) o como elemento intrínseco a la acción delictuosa, particularmente como capacidad psíquica de culpabilidad. Teorías psicológica y normativa de la culpabilidad. Imputabilidad en la doctrina penal argentina (presupuesto subjetivo de la culpabilidad): definición. Minoría de edad como un caso de exclusión de pena (no-punibilidad) que obedece a inimputabilidad. Régimen penal de Menores. Situación de la menor edad a partir de la reforma civil.

2.1. FUNDAMENTOS DE LA INIMPUTABILIDAD EN LA TEORÍA JURÍDICA DEL DELITO

A. Introducción al tema de la imputabilidad penal

La noción de imputabilidad proviene de la llamada “imputabilidad moral” del siglo XIX, y está ligada a la concepción antropológica tradicional para la que la libertad moral del hombre es un presupuesto doctrinario: aquello que hace “imputable” a un sujeto es la capacidad de *comprender* y la de *determinarse libremente*. Inteligencia y libertad, condiciones propias del hombre como *ser moral* dotado de arbitrio, son los requisitos que debe reunir para responder por el hecho ilícito.

No otros que éstos fueron los presupuestos que aportó la llamada *escuela clásica* del derecho penal, tributaria por otra parte de la tradición aristotélico-tomista que sostiene una concepción antropológica del hombre como ser racional y dueño de libre albedrío, es decir, metafísicamente libre.

La teoría de la libertad moral como pilar de la responsabilidad ético-jurídica de los actos del hombre halla su fundamento en principios de la tradición filosófica griega, que conciben al hombre dotado de razón y, por lo tanto, libre y responsable. Estos principios adquieren estatuto de doctrina con los filósofos, doctores y pontífices de la Iglesia, desde San Agustín y Santo Tomás de Aquino. Persiste con los filósofos modernos: el Iluminismo y las ideas liberales de la revolución francesa la plasmarán en las constituciones contemporáneas y códigos penales de los siglos XVIII y siguientes. En derecho Penal será la base de la *doctrina clásica* –cuyo máximo exponente fue Francesco Carrara, quien da por supuesto la libertad del hombre como fundamento de su sistema científico del derecho criminal–. Pero a esa imputabilidad moral, condición ínsita del ser humano, se le reconocía límites en las causas que la eliminaban o aminoraban ya en la obra de los Padres de la Iglesia: de origen orgánico funcional o de índole psicológica, computándose los estados febriles, la violencia de ciertas pasiones, el temor, tales causas serán tomadas en cuenta por los tratadistas clásicos para dar cabida al “moderamen de la tutela penal” (Viñas, R., 1983: 273-4).

Así, Carrara (1867), el más ilustre representante de esta escuela, en su *Programa* expresa una concepción racionalista y jusnaturalista. En los términos de este autor:

La teoría de la imputación considera el delito en sus puras relaciones con el agente, y a este, a su vez, lo contempla en sus relaciones con la ley moral, según los principios del libre albedrío. (...) presupongo aceptada la doctrina del libre albedrío y de la imputabilidad moral del hombre, y asentada sobre esa base la ciencia criminal, que mal se constituiría sin aquella (Carrara, Francesco, *Programa de derecho criminal, Parte general*. I. Bogotá, Temis, 1971; citado por Frías Caballero en: *Imputabilidad penal. Capacidad personal de reprochabilidad ético-social*. Bs.As., Ediar, 1981).

Ahora bien, la reacción positivista contra la teología y la metafísica, es decir, contra toda especulación que afirme un orden trascendental no susceptible de verificación o refutación, no dejó de afectar a la doctrina de la imputabilidad moral. Las construcciones científicas del s. XIX y comienzos del s. XX ejercieron un fuerte influjo sobre el derecho penal más que sobre otras ramas del derecho, y particularmente sobre el tema de la imputabilidad. El desarrollo del llamado *positivismo criminológico*, concomitante a los progresos de la biología, la sociología y la psicología, alcanzó un nivel que fue paralelo al auge, en filosofía, del *determinismo* –es decir– la doctrina según la cual todos los acontecimientos del universo están fijados y regulados por leyes naturales de tipo causal.

De esta manera, las explicaciones mecanicistas de la realidad transformarán –si no la problemática– sí la exposición tradicional del problema de la responsabilidad: un reduccionismo de tipo biológico y mecanicista confrontará enconadamente, en la explicación de los procesos psíquicos, de la conducta humana y de las relaciones sociales, con la concepción de la acción humana (y consecuentemente del delito) como producto de una voluntad incondicionada y libre. Como señala Sebastián Soler, “la negación metafísica del libre albedrío, lleva a la afirmación también metafísica del determinismo” (Soler, S., 1976: 41). La entrada masiva de conceptos provenientes de las ciencias naturales condujo a la interpretación del delito como un efecto de un conjunto de factores subjetivos y objetivos que obran con poder causal sobre la conducta, conmocionando los fundamentos de la responsabilidad moral, la que, según el positivista, no podría seguir siendo la base de la imputabilidad.

Los “excesos” del positivismo, que en su versión radical niega la posibilidad de actuar libremente, condujo a plantear una “culpabilidad de autor” por contraposición a la “culpabilidad de acto”. Mientras que, según esta última, al autor se le reprocha su acto típico y antijurídico; al revés, según aquella, el acto es manifestación de su personalidad, por lo que el reproche penal se extiende a ella. La entrada de las ideas positivistas en derecho penal dio lugar al nacimiento de la doctrina de la defensa social y del principio de *imputabilidad legal*: para responder de su acto no será menester tener en cuenta ciertas condiciones “morales” sino que bastará con ser autor material del ilícito, borrándose la distinción entre autor normal y anormal, *como así entre pena y medidas de seguridad*; todas son sanciones, en el sentido de consecuencia jurídica del delito.

Con el ingreso de la teoría normativista, se mantiene y refuerza la “culpabilidad de acto” que, se considera, contiene una más elevada noción del ser humano y de su calidad de sujeto de derecho.

No obstante el énfasis de la escuela positivista, la imputabilidad siguió subsistiendo en los sistemas penales de las llamadas *escuelas intermedias* (Frías Caballero, J., 1981: 61). Inscriptas en la tradición positivista, es decir, determinista, sin embargo no suscribieron a las generalizaciones de la “antropología criminal” de

cuño lombrosiano. La escuela más importante de todas estas fue la escuela sociológica alemana, encabezada por Franz von Liszt (1881) penalista alemán que postuló la proscripción de la filosofía dentro del ámbito de lo jurídico, concibiendo al derecho como realidad del mundo natural. Desde esta posición, que no deja de ser positivista, se construyó una teoría de la imputabilidad que no es imputabilidad moral ni legal –según los modos de la escuela clásica o de la escuela criminológica– sino una *imputabilidad psicológica*, es decir, aptitud o capacidad para percibir la coacción psicológica de la intimidación de la ley penal (prevención general).

Quizá lo más meritorio del aporte positivista a la historia de las ideas radique en que introdujo el estudio de la personalidad del delincuente y puso el acento en la responsabilidad jurídica, es decir, responsabilidad ante el derecho, no ya ante la moral. De todas formas, no obstante el ulterior retroceso del positivismo y la actual desconfianza de los juristas –reacios por lo general a la posibilidad de cualquier aporte extrajurídico al tratamiento de los temas que se refieren a capacidad, responsabilidad, imputación, coacción– la imputabilidad ha sido la puerta de entrada de los conceptos “naturalísticos” infiltrados en la doctrina jurídica (Zaffaroni, E. R., 1973).

Una primera aproximación bibliográfica a la cuestión *imputabilidad-inimputabilidad*, par nocional que se analizará ahora, revela rápidamente que ésta aparece encuadrada dentro del concepto más general de *culpabilidad*, e integrando la **teoría jurídica del delito**. La sistematización de la parte general del Derecho penal, obra que se ha venido cimentando en los dos últimos siglos, implica responder a tres preguntas fundamentales: *¿Qué es el derecho penal? ¿Qué es el delito? ¿Cuáles son sus consecuencias penales?* El responderlas da lugar a una tripartición del campo en: 1) la teoría de las ciencias jurídicas; 2) la teoría del delito; y 3) la teoría de la coerción penal. Tal es la sistemática propuesta por un eminente penalista argentino en su obra de cinco volúmenes (Zaffaroni, E. R., 1995). Así es que, desde esta teoría, se desarrollará el tema.

El tema de fondo del que se trata es aquel de la *responsabilidad penal*, es decir, de contestar en qué condiciones la realización del hecho típico antijurídico, es reprochable penalmente (Bacigalupo, E., 1974). Es entonces una de las formas por las que se hace presente el factor *subjetivo* en el derecho penal: si bien el delito como hecho fue siempre una valoración jurídica del obrar humano en tanto hecho antijurídico, *lo subjetivo como fuente de responsabilidad aparece tardíamente en la reflexión penal*, y como resultado de un largo proceso histórico que culminó en la individualización de la culpabilidad (Soler, S., 1976: 6).

Efectivamente, las formas primitivas de la responsabilidad se habrían apoyado en rasgos del individuo, como ser su condición, situación o cualidad; todo ello formas de *responsabilidad objetiva* que algunos autores señalan como propias del derecho germánico primitivo; o casos de responsabilidad sin dolo ni culpa del antiguo derecho canónico, tal como señala Soler (1976).

Es que el ascenso de la *persona* humana como sujeto del derecho penal moderno sólo ha sido posible bajo la condición de afirmar que *la única fuente de la responsabilidad es la acción del hombre*. Pero como dice el tratadista citado:

La realización de un hecho que reúna las apariencias externas de una figura delictiva no alcanza a integrar un verdadero delito, sino cuando, como lo

decimos en la definición de éste, ese hecho sea típicamente culpable. *Al análisis objetivo del hecho examinado debe seguir el de la relación que aquél tenga con su autor.* Si, por una parte, el estudio de la culpabilidad supone el análisis previo de la antijuridicidad del hecho, por otra parte, presupone también establecida la atribución física de ese hecho a determinada persona, pues la culpabilidad comprende el estudio del contenido interno de un hecho que ya se ha declarado ilícito y del cual el sujeto es ya considerado autor (Soler, 1976: § 34, 1. Las cursivas son nuestras).

El tema de la imputabilidad es una materia fundamental del derecho penal. Empero, no se ha hallado un tratado general sobre la misma –a excepción de la obra del reconocido jurista argentino, el Prof. Dr. Frías Caballero (1981)– por lo que la búsqueda se orientó a las secciones de los diversos textos de la parte general del derecho penal, en los que la cuestión es abordada. De todos modos, es destacable la argumentación del profesor Frías Caballero a favor de su empeño en proponer una *teoría general de la imputabilidad* –puesto que el tema, así como el de su contraparte, la inimputabilidad, es lo suficientemente extenso como para justificar tal empresa–. Argumentación que no se evalúa aquí, pero que alude al hecho de que tal *corpus* teórico no existe. En efecto, a poco de revisar la literatura sobre la materia, se percibe que ésta se plantea de distinto modo según las escuelas, y encuadrada dentro de distintos capítulos según se la inserte en la teoría del delito o en la teoría del sujeto. Todo ello, acorde con los distintos presupuestos filosóficos –explícitos o no– que están en el horizonte del jurista del que se trate.

El término *imputación*, de acuerdo con las precisiones terminológicas que suelen darse, se refiere al acto de *imputar*, es decir, atribuir a alguien alguna cosa; luego, *imputabilidad* es cualidad de imputable, e *imputable* es aquello que se puede atribuir. Por lo tanto, imputable es cualidad del acto, no del sujeto; propiedad de la acción en virtud de la cual se le atribuye a alguien considerado su autor. De acuerdo al uso correcto de la lengua castellana, decir que el hombre es imputable es un sinsentido; pero ocurre que este es el uso corriente que se le da en el ámbito de los juristas. A excepción del significado que del término da el profesor Zaffaroni (1973, 1995): imputabilidad como *característica de la conducta del sujeto que resulta de la capacidad de culpabilidad*. Véase su *Teoría del delito* (1973: 580), punto de vista que mantiene es su posterior *Tratado de derecho penal* (1995: Vol. IV, 110).

En el lenguaje jurídico corriente, por lo tanto, la imputabilidad es una calidad o condición del sujeto-agente por la que se le pueden atribuir determinadas acciones u omisiones realizadas por él. La mayoría de los autores acuerdan con esta primera aproximación de máxima generalidad:

...se trata de un estado (status), un modo de ser del sujeto, una condición intransferible derivada de *ciertas cualidades subjetivas en el momento del acto* y que el derecho penal recoge y delimita como presupuesto de la responsabilidad. Trátase, en definitiva, de una capacidad o aptitud personalísima, primariamente de carácter bio-psicológico, para que sea posible imputar a alguien, como a su autor responsable, una acción u omisión sancionada con pena criminal (Frías Caballero, J., 1981: 17. Las cursivas son del autor).

A partir de este acuerdo general, comienzan los disensos entre las escuelas y los tratadistas, según el lugar que se le otorgue en la sistemática jurídico-penal. Así,

Frías Caballero reseña las diferentes opiniones doctrinarias, según se integren en la teoría del sujeto, en la teoría del delito o en la teoría de la sanción (división que responde a las tres partes en las que se tiende a distribuir la parte general de los Códigos Penales vigentes).

A continuación, de manera sumaria, algunas de las opiniones reseñadas por este tratadista.

B. La imputabilidad como elemento exterior del delito

Para este primer grupo –el que ubica, con diferentes matices y fundamentos, a la imputabilidad *por fuera* del ámbito dogmático de la teoría del delito, como *condición* o *presupuesto* de éste; vale decir, exterior al concepto mismo de delito– la imputabilidad es, en todo caso, *capacidad de delito* como consecuencia de la aptitud o competencia del agente para *ser destinatario del precepto de la norma penal*. Frías Caballero cita extensamente a un grupo de juristas de la escuela italiana. Por ejemplo, a Petrocelli (1951, citado en Frías Caballero, J., 1981), para quien la imputabilidad es “un estado, un modo de ser, una condición del sujeto” que es previo y distinto del delito, condición indispensable para que el sujeto sea destinatario de la norma y pueda “asumir la obligación que emerge de ella”.

La imputabilidad, para Petrocelli, tiene así una función lógica por la cual acompaña el desarrollo de la relación jurídico penal y no puede faltar en ninguno de los momentos de tal relación: como condición o presupuesto del momento de la obligación, es capacidad de deber; como condición en el momento de la infracción, es capacidad de culpabilidad; como condición del momento ejecutivo, es capacidad de pena. La no-imputabilidad acarrea incapacidad jurídico-penal, de la que es una especie; por consiguiente, la imputabilidad entra en la categoría general de la *capacidad jurídica*, que consiste en la idoneidad del sujeto para ser titular de derechos y de obligaciones, esto es, sujeto de una relación jurídica.

Los *inimputables*, entonces, son aquellos sujetos que, sin conciencia ni voluntad normales, carecen por consiguiente de la capacidad de conocimiento de la ley penal y de sentir la amenaza contenida en la norma, y, luego, de regular la conducta de acuerdo con el precepto. No siendo idóneo para realizar una voluntad jurídicamente relevante, se considera entonces que el inimputable no es destinatario de la norma y sí objeto de la misma (Frías Caballero, J., 1981: 19).

Para otros de los autores citados por Frías Caballero dentro de este primer grupo, *imputabilidad* es *capacidad de recepción de la norma*, concepto lógicamente recíproco del concepto de *precepto penal*, es decir, impensables el uno sin el otro. Para Battaglini (1949), “el imperativo jurídico es un impulso psíquico, un motivo”, por lo que el imperativo tiene únicamente como destinatarios a los hombres “normalmente determinables mediante motivos”; excluidos de este grupo los enfermos mentales y los *menores*, quienes se hallan en condiciones de “motivabilidad anormal” (Frías Caballero, J., 1981: 20-21).

C. La imputabilidad como elemento intrínseco del delito

Este segundo grupo conceptualiza a la imputabilidad *dentro* de la teoría general del delito, con importantes variantes doctrinarias según el nivel analítico en el que la sitúan los diferentes autores. Mientras que para el primer grupo, la imputabilidad – concepto exterior al concepto mismo de delito, pero presupuesto de éste– es *capacidad personal del autor para el delito*, para los doctrinarios que se reseñarán sumariamente ahora, será también *una especie de capacidad, pero referida a alguno de los distintos caracteres dogmáticos de la acción delictuosa*: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, *elementos característicos del delito considerado como ente jurídico*.

Es pertinente, acá, recordar que la teoría jurídica logra un concepto inteligible de *delito* dentro de un proceso de construcción, que reconoce como últimos hitos modernos a la doctrina de Carrara (el delito como ente jurídico sólo es inculparable cuando una ley anteriormente dictada lo define y lo pena) proceso que culmina con E. Beling (“acción típica, antijurídica, culpable, sometida a una adecuada sanción penal y que llena las condiciones objetivas de penalidad”), quien da una definición que reúne los requisitos para caracterizar a una conducta como *delito*: *acción objetivamente descrita en la ley (tipicidad), contraria al derecho (antijuridicidad), culposa o dolosa (culpabilidad), sancionada (penalidad), y que reúna las condiciones objetivas de punibilidad*. Definición llamada *dogmática* y cuyo esquema no ha sido aún superado en la doctrina jurídica.

La imputabilidad será así: “*capacidad de acción*” (Binding, Gerland, Von Hippel), es decir, capacidad de obrar que se da en las diferentes ramas del derecho; o bien “*capacidad de deber*” (Merkel, Von Ferneck, Kohlrausch); “*capacidad de pena*” (Feuerbach, Radbruch, Von Liszt); o bien “***capacidad de culpabilidad***”. Esta última es la posición dominante en la dogmática actual, por la cual se la examinará a continuación con detenimiento.

D. La imputabilidad como capacidad psíquica de culpabilidad

Como se vio más arriba, el concepto general de *culpabilidad* en derecho penal señala que una conducta típica y contraria al orden jurídico requiere, además, que sea *reproachable* a su autor. El *principio de culpabilidad* establece que no hay pena sin culpa, de lo que se desprende que, además del ilícito (el hecho objetivo), se requiere de un sujeto *culpable* (el elemento subjetivo).

Según Von Liszt (cit. en Soler, S., 1976: 3), el progreso del derecho penal se mide por la profundización de la doctrina de la culpabilidad: la individualización de la culpabilidad es el resultado de un largo proceso histórico que consistió en el desarrollo de sucesivas reglas de responsabilidad. Ésta ha sido posible sin su individualización, es decir, sobre la única base de la autoría y prescindiendo de la exigencia de una vinculación subjetiva. Hoy, casi universalmente, se reconoce como única fuente de responsabilidad a la acción del hombre (subjetivación de la responsabilidad).

Como sostiene Zaffaroni (1973: 519), muy pocos temas han sido más debatidos que la culpabilidad, y a pocos se les ha dado tantos diversos significados y

contenidos. Dado que no existe, en el campo del derecho penal, una teoría unitaria de la culpabilidad, por lo común los autores consultados reseñan los distintos conceptos: culpabilidad como *relación psicológica*, como *relación psicológica y como disvalor*, y como *reprochabilidad*; lo que está ligado, probablemente –y más allá de tratarse de distintos enfoques escolásticos más o menos encontrados– a una *evolución y progreso del concepto* en cuya construcción se van superando diversas dificultades sistemáticas, hasta culminar en el normativismo.

Los criterios que vinculan *imputabilidad* con *culpabilidad*, aunque de la manera más variada y sin unidad alguna (Zaffaroni, E. R., 1995: Vol. IV, 116.) son los predominantes en la dogmática comparada; y es ésta, asimismo, la posición sustentada en la doctrina argentina, tanto por el psicologismo de sus penalistas, como por lo que Zaffaroni denomina la “concepción compleja” de la culpabilidad sustentada en este medio por Soler, Fontán Balestra, Argibay Molina, Creus, Núñez y Terán Lomas, entre otros (Zaffaroni, E. R., 1995: 117).

En esta evolución y progreso del concepto de la culpabilidad, su vinculación con la imputabilidad reconoce dos hitos: el primero, la *tesis de la imputabilidad como mero “presupuesto” de la culpabilidad*, que se encuentra ligada a la teoría psicológica de la culpabilidad y es, en general, propiciada por el positivismo jurídico; y el segundo, la *tesis de la imputabilidad integrando la estructura misma de la culpabilidad*, como elemento de ésta, ligada a la teoría normativa de la culpabilidad. Aunque sería excesivo pretender, en este resumen, dar cuenta acabadamente del progreso del concepto de imputabilidad hasta su inserción *dentro* de la teoría del delito y de la culpabilidad, la historia de este derrotero obliga a ensayar una breve reseña de estas dos principales perspectivas.

En cuanto al primero de los hitos, la llamada **teoría psicológica de la culpabilidad**, propiciada en general por el positivismo jurídico, concibe a la *imputabilidad como un “presupuesto” de aquella, por fuera del concepto de culpabilidad pero como algo previo y condicionante del mismo*. Se trata de la tesis elaborada dentro de la dogmática tradicional y que encuentra en Ernest von Beling y en Franz von Liszt sus representantes.

Von Liszt, adscrito a un positivismo filosófico y sociológico, forja un concepto de la culpabilidad netamente naturalista y decididamente psicológico, atendido a lo empírico y ajeno al deber moral o jurídico. En tanto el derecho se ocupa del hombre “empírico”, la cuestión del determinismo o indeterminismo poco le importa a Liszt para la elaboración del derecho penal, y, por lo mismo, sus juicios no pueden provenir de la moral: si el crimen es un producto inevitable de circunstancias dadas, es imposible fundamentar la responsabilidad en el reproche moral derivado del “haber podido obrar de otra manera” como propugna el libre albedrío moral. Liszt mantiene la idea de la responsabilidad (culpabilidad) del “hombre empírico” pero no sobre esta base. En efecto, el hombre es responsable de violar la norma, pero su culpabilidad debe ser referida a lo empírico, vale decir, a la constatación de unos hechos psicológicos. La imputabilidad es, entonces, una capacidad personal fundada en consideraciones psicológicas: la personalidad psíquica del agente sobre la que puede ejercer influjo causal las fuerzas del medio ambiente.

De esta manera, la imputabilidad es definida por Liszt como la capacidad de conducirse socialmente y de observar una conducta que responda a las exigencias de la vida social, lo que exige que:

...la psiquis del autor disponga de la riqueza necesaria de representaciones para la completa valoración social; que la asociación de representaciones se produzca normalmente y con la velocidad normal; que la base afectiva de las representaciones y, por consiguiente, la fuerza motivadora de las normas generales, jurídicas, morales, religiosas, etcétera, corresponda a la medida media, y que la dirección y el vigor de los impulsos de la voluntad no ofrezcan nada esencialmente anormal... En este sentido la imputabilidad puede definirse como la facultad de determinación normal. Por consiguiente es susceptible de imputabilidad todo hombre con desarrollo mental y mentalmente sano, cuya conciencia no se halle perturbada. El contenido normal y la fuerza motivadora normal de las representaciones constituye la esencia de la imputabilidad (cit. en Frías Caballero, J., 1981: 63 y ss.).

Con Franz von Liszt la imputabilidad se *realiza* en el concepto de *normalidad psicológica* (en los términos de la psicología experimental alemana), es decir, que es imputable el hombre psicológicamente normal. Esto dará lugar al forjamiento de conceptos tales como “coacción psicológica”, “capacidad de motivación”, “determinabilidad normal por los motivos”, todos ellos con un matiz determinista.

Entonces, la teoría psicológica, para afirmar la existencia de culpabilidad, se basa en el conocimiento de los alcances de la acción por parte del sujeto. La culpabilidad viene a ser la actitud del sujeto en el momento de la acción con respecto al hecho que produjo, y consistiría en la referencia o relación del sujeto con ciertos acontecimientos externos. Es decir, una relación psicológica entre la acción típica y el autor: *ser culpable es haber obrado con dolo o culpa.*

Como señala Núñez (1943), para la posición tradicional el contenido de la culpabilidad se reduce al sólo elemento del hecho psicológico representativo de esa relación.

Soler, enrolado en la concepción compleja, cuestiona este psicologismo puro, puesto que:

...es típico del pensamiento clásico acordar importancia decisiva al conocimiento de la ilicitud del hecho por parte del autor de éste. Y la ilicitud no es, por cierto, un hecho, sino una cualidad, resultante de una relación entre un hecho y una norma. (...) Más que psicológica, pues, podría esta teoría ser llamada realista o subjetivista, pues no consiste en considerar la culpabilidad como una mera referencia psíquica a un hecho externo despojado de toda valoración, sino en una referencia que apunta a la criminalidad del acto y esta calidad es siempre el resultado de una proyección valorativa que, como tal, presupone la existencia de normas, ante las cuales los hechos resultan ser lícitos o ilícitos (Soler, S., 1976: 16).

En cuanto a la segunda tesis, derivada de la **teoría normativa de la culpabilidad**, ésta *integra a la imputabilidad en la estructura misma del concepto de culpabilidad, ya sea como “capacidad de culpabilidad” o como “elemento o característica” comprendido por el concepto.* Mezger, Maurach y Welzel son los doctrinarios más citados dentro de esta corriente. La teoría normativa buscó superar

las aporías a que conducía la tesis psicológica (por ejemplo, respecto de la culpa inconsciente o sin representación). Se plantea que el dolo y la culpa no agotan el contenido de lo culpable, y se sostiene que “la culpabilidad es una característica de valor (no meramente psicológica) de la acción, semejante, aunque diferente, a la antijuridicidad... Tal característica valorativa, esencia misma de la culpabilidad, es la llamada «reprochabilidad»” (Frías Caballero, J., 1981: 34).

Para la *teoría normativa*, cuyo punto de partida se ubica en Reinhart Frank, la culpabilidad se establece mediante la formulación de un juicio de reproche (Frank); o bien consiste en el conjunto de presupuestos de la pena que funda la reprochabilidad personal de la acción ilícita con relación al autor (Mezger). Desde esta perspectiva, la culpabilidad es –en fin– *reprochabilidad*. Y por *reprochabilidad* debe entenderse, no el “reproche” mismo (el juicio de disvalor), sino *el conjunto de características de una conducta que la ley requiere para reprochar, es decir, desvalorar dicha conducta y sancionarla penalmente:*

Quien ha obrado en forma contraria al derecho, porque no ha tenido la posibilidad exigible de motivarse conforme a la norma violada o, en general, porque no le asistió la posibilidad exigible de una acción adecuada al derecho, no puede ser penado. Tal es el principio de culpabilidad: *no puede ser penado aquél que no puede ser reprochado por su conducta*. De allí que culpabilidad sea reprochabilidad, esto es, el conjunto de presupuestos o caracteres que debe presentar una conducta, para que le sea jurídicamente reprochada a su autor (Zaffaroni, E. R., 1995: Vol. IV, 10. Las cursivas son nuestras).

Ese conjunto de presupuestos o caracteres constitutivos de la culpabilidad, a partir de Frank, se integra por: en primer término, la *imputabilidad*, además del *dolo* y de la *culpa*, y las llamadas “circunstancias concomitantes” (la presencia o la ausencia de especiales causas de exclusión de la culpabilidad, de las que dependen la *exigibilidad* –posibilidad de actuar de otra manera– o *inexigibilidad*). Estructura tripartita que permite definir a la culpabilidad como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica, y a la imputabilidad –que integra esta estructura– como el *poder* de motivarse conforme a la norma que precede lógicamente al *deber* o exigibilidad. De allí, que ***la imputabilidad no es otra cosa que capacidad personal de reprochabilidad o, lo que es lo mismo, capacidad de culpa*** (Frías Caballero, J., 1981: 39).

Entonces, desde la culpabilidad psicológica positivista (“la relación psicológica del autor con el hecho en su significación objetiva, es decir, en el reflejo anímico de la realidad”, Beling), cuya característica radica en concebir a esta relación por fuera de cualquier referencia a la norma; a un concepto de la culpabilidad basada en la reprochabilidad del autor (en la que el fundamento del reproche penal radica en la *posibilidad exigible que el autor tuvo de actuar conforme a derecho*, es decir, se reprocha a un autor que haya realizado un injusto cuando *podía no realizarlo*); hay una evolución conceptual que da nacimiento a la teoría normativa, y que ha superado la discusión entre las teorías psicológicas y normativas.

Pero dicha evolución mantiene un fundamento antropológico, asentado sobre una concepción del hombre como *persona* y, necesariamente, como presupuesto lógico consustancial a ésta, la noción de la libertad de su voluntad. Según Zaffaroni, no obstante la existencia de dos posiciones antitéticas e inconciliables sobre la

culpabilidad –*culpabilidad de acto*, según la cual se le reprocha al autor un acto típico y antijurídico, y *culpabilidad de autor*, que entiende que como el acto es manifestación de su personalidad, el reproche se extiende a ésta– el derecho penal jamás dejó del todo de lado el esquema aristotélico, que es una construcción ética racional que se apoya sobre *la idea fundamental del hombre como ser capaz de elegir* (Zaffaroni, E. R., 1995: 34).

El pensamiento jurídico actual tiende, pues, a concebir a la imputabilidad como “elemento” o “característica” de la culpabilidad; lo cual –según Frías Caballero– obedece a una necesidad de coherencia interna que surge del núcleo de la teoría normativa de la culpabilidad. Este autor, por su parte, caracteriza a la imputabilidad como “*capacidad personal de reprochabilidad ético-social (ético-jurídica)*” (Frías Caballero, J., 1981: 32). Además, este autor ha sostenido en su momento la *teoría mixta de la culpabilidad*, introduciéndola en la jurisprudencia argentina, tal como consigna Zaffaroni en su *Teoría del delito*. (Zaffaroni, E. R., 1973: 74).

Zaffaroni, por su parte, respecto de la *imputabilidad*, señala tres niveles del concepto:

1) En un sentido amplio (y clásico), se refiere a imputación física y moral, objetiva y subjetiva, equivalente a “responsabilidad”; por ejemplo, en el sentido en que la voz está empleada para denominar el Título V del Libro I del Código Penal.

2) En un sentido “medio”, equivale a imputación subjetiva, acercándose a la idea de culpabilidad.

3) En un sentido restringido, alcanzado a partir de la distinción posibilitada por von Liszt (imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad), se la consagra para designar técnicamente a la *capacidad psíquica de culpabilidad*. O más precisamente, es la característica que la *capacidad de culpabilidad* del autor de la conducta otorga a la misma (Zaffaroni, E. R., 1995: Vol. IV, 112).

Es este último sentido técnico restringido –la **imputabilidad** como la **característica de la conducta que resulta de una capacidad del sujeto: la capacidad del autor para comprender la antijuridicidad de su conducta**– el que destaca el último tratadista citado. *La imputabilidad lo es de la conducta*, pues ella es imputada a un autor *psíquicamente capaz de ser culpable*.

E. La imputabilidad en la doctrina penal argentina

A despecho de la posición dominante dentro de la dogmática actual, la doctrina nacional en materia penal consideró, en general, a la imputabilidad como un *presupuesto* de la culpabilidad, es decir, exterior e independiente de ella (Zaffaroni, E. R., 1995: Vol. IV, 117). Esto acarrea como efecto que *la inimputabilidad excluye el delito e impide la culpabilidad, pero no es causa de inculpabilidad* (es decir, se examina si además de imputable es culpable, puesto que puede acontecer que reuniendo el sujeto las condiciones de imputabilidad, no sea culpable, es decir, no haya obrado con dolo o culpa por mediar una causa que los excluya).

Soler, por ejemplo, refiere que:

La imputabilidad constituye, pues, un **presupuesto subjetivo de la culpabilidad**, algo que debe ser examinado previamente, así como debe serlo la ilicitud en su aspecto objetivo. Media una relación concéntrica: dentro del círculo de los hechos ilícitos, algunos son cometidos por personas imputables y de éstas algunas son culpables. Cuando se estudia la culpabilidad, el objeto investigado es el contenido subjetivo del hecho (Soler, S., 1976: 34. El destacado es nuestro).

En el derecho argentino vigente se consagra una fórmula negativa de la imputabilidad, consignando las causas –biológicas o psiquiátricas– que la excluyen y los efectos, psicológicos, que la condicionan negativamente. Así, el artículo 34 del Código Penal (CP) en su primer inciso establece que *no es punible*:

el que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteración morbosa de las mismas o por su estado de inconsciencia, error o ignorancia de hecho no imputable, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones.

De dicha fórmula legal se desprende el sentido positivo del concepto: ***la imputabilidad resulta, así, ser la ausencia de un impedimento de carácter psíquico para la comprensión de la antijuridicidad.*** (Zaffaroni, E. R., 1995: Vol. IV, 120).

La inimputabilidad, entonces, es la incapacidad psíquica del sujeto para ser culpable, o sea, para saber lo que hace y conocerlo como contrario al derecho, y para dirigir sus acciones conforme a ese conocimiento (*incapacidad psíquica de comprensión de la antijuridicidad*).

Del análisis del art. 34 inciso 1º del Código Penal surge una teoría *ad hoc* de la salud y enfermedad mentales, que se hace evidente al mencionar las causas de inimputabilidad. Para ello, el CP no recurre a entidades nosológicas ni a cuadros clínicos determinados, sino que nombra los trastornos fundamentales comunes a varias entidades, con una intención generalizadora que se vale de un lenguaje psicopatológico: *insuficiencia de las facultades, alteraciones morbosas* de las mismas y *estados de inconsciencia*, los cuales constituyen la nomenclatura de la fuente legal de la inimputabilidad penal, siempre y cuando esta condición cumpla con el segundo requerimiento, el psicológico: que haya impedido, en las circunstancias de la comisión delictual, “comprender la criminalidad del acto o dirigir las acciones”. Es decir, se descarta una fórmula puramente biológica o patológica como la del código francés, que señala la “demencia” –es decir, su diagnóstico– como causal de inimputabilidad; optando por indicar con criterio generalista cuáles pueden ser las causas de incapacidad psíquica e indicando qué es lo que debe impedir comprender. No basta probar que se padece de algún tipo de enfermedad mental para exculpar al sujeto portador, sino que debe –para merecer la eximente– probarse que ha anulado la razón y la conciencia del mismo privándolo de su comprensión y de su voluntad.

En el derecho penal argentino, la fórmula legal de la imputabilidad ha sido caracterizada como una fórmula combinada o mixta –lo que Frías Caballero llama la “naturaleza compleja” de la imputabilidad– integrada por dos o bien por tres dimensiones: lo que algunos autores denominan aspectos “biológico-psicológico”, o

“psiquiátrico-psicológico” o, de manera más actualizada, “psiquiátrico-psicológico-valorativa” (Frías Caballero, J., 1981: 141).

Más sintéticamente, Zaffaroni rescata la expresión de Jescheck de “método psíquico-normativo”, “puesto que la fórmula, en realidad, hace una referencia a la causa psíquica y una precisión de criterio de valoración jurídica” (Zaffaroni, E. R., 1995: Vol. IV, 121).

Se trata en todo caso, en el citado art. 34 inciso 1º, de una fórmula compleja integrada por el aporte sistemático de tres fuentes: la psiquiátrica, la psicológica y la valorativa.

A continuación, sucintamente, estos tres aspectos:

Dentro del apartado psiquiátrico de la fórmula, la inimputabilidad por *insuficiencia de las facultades* comprende los casos de falta de desarrollo mental suficiente, básicamente oligofrenias en sus variantes de idiocia, imbecilidad y debilidad mental, e incluso, sordomudez –no expresamente enunciada en el Código Penal Argentino, pero tomada en cuenta cuando repercute en el desarrollo mental del individuo–.

Con el término de *alteraciones morbosas* de las facultades se refiere a los casos de desarrollo mental anómalo, psicosis básicamente, aunque más recientemente la psiquiatría forense es más proclive a incluir ciertos casos de neurosis y a las psicopatías.

Por último, *estados de inconsciencia*, referidos a los estados de grave perturbación de la conciencia vigil (puesto que la inconsciencia absoluta anula la acción como tal): intoxicaciones, estados de delirio febril, episodios epilépticos y, más recientemente incluidos –aunque en un contexto de debate– los graves trastornos afectivos, es decir, su repercusión como miedo, terror o emoción violenta, que podría llegar a imposibilitar la dirección de las acciones; y las llamadas toxicofrenias, cuando se trata de un individuo que tiene incorporado un tóxico a su forma de vida al punto de afectar su capacidad mental.

Ahora bien, como en este terreno los límites entre imputabilidad e inimputabilidad, es decir, entre salud y enfermedad, no consignan con fijeza (ni para el psiquiatra ni para el jurista) cuándo un sujeto es alienado, la fórmula *psicológica* de la inimputabilidad viene a dar una base complementaria, al señalar un límite mínimo consistente en la capacidad de comprender “lo que se hace” y de dirigir las acciones, “hacer lo que se quiere”.

Y puesto que no hay límites “naturales” entre salud y enfermedad mentales, puesto que la biología no alcanza para establecer con certidumbre cuándo un sujeto es alienado; y no existe un punto de vista psicológico puro sin referencia a un orden jurídico, es necesario *acreditar el criterio normativo*, es decir, ***evaluar la capacidad de valoración del hecho***.

Lo que hay que señalar acá es que, precisamente por esa dificultad de la cuestión limítrofe entre salud y enfermedad, es que el Código Penal responde, en un intento de exhaustividad, con su fórmula mixta.

Pero no sólo por eso. En efecto, es un rasgo de toda regulación jurídica el darse sus propias bases y conceptos; los que, más allá de su proveniencia de cualquier región del saber científico o vulgar, tienen un alcance estrictamente jurídico. Y esto, con miras eminentemente pragmáticas. Esta autonomía de la doctrina justifica que

algunos autores hayan planteado (y se haya admitido en grado sumo) una perturbación morbosa *en sentido jurídico*. De manera análoga, por razones que aluden a la misma necesidad de resolver problemas prácticos y sociales antes que doctrinarios, es que, en materia de minoridad, la “madurez espiritual” no tiene un sentido psicológico-evolutivo sino que está fijada por un límite jurídico cuantitativo a la edad de dieciséis años; límite establecido por una presunción librada al arbitrio del legislador o, como se dice, *juris et de jure* (Soler, S., 1976: 55).

Dejando de lado la *coacción* y el *error de hecho no imputable* –que se refieren también a causas de exclusión de la culpabilidad– las causas de inimputabilidad establecidas en el artículo 34 inc.1º son:

- **Insuficiencia de las facultades:** haciendo abstracción de lo actualmente desusado del término “facultad” (que designa el conjunto de las potencias psíquicas del hombre, innatas o adquiridas, que comprende memoria y conciencia, inteligencia y voluntad, y –según la tendencia más actual– comprende inclusive el aspecto afectivo y valorativo descuidado por la ley al reducir la insuficiencia o alteración de las facultades a la esfera intelectual), esta noción de insuficiencia de las facultades se refiere básicamente a los supuestos de capacidad mental inferior a promedio, en que el desarrollo de la mente se detiene o es incompleto, y que se define en términos de cociente intelectual (CI). Usualmente, según las nomenclaturas del CIE-10 y del DSM IV, se clasifica como diversos grados del “retraso mental” (oligofrenias, según el término impuesto por Kraepelin), comprendiendo los casos *leves* (CI de 50 a 70), *moderados* (CI de 35-40 a 50-55), *graves* (20-25 a 35-40) y *profundos* (por debajo de 20-25). La valoración judicial establece, más allá del dictamen pericial diagnóstico, la insuficiencia significativa de acuerdo a las características de cada caso. No siempre cierto grado leve de “debilidad mental” trae aparejada la causal de inimputabilidad. La jurisprudencia sentada, si bien variable, tiende a dictaminar inimputabilidad en el caso de retraso mental moderado (CI 35-40 a 50-55) y profundo (con CI inferior a 25).
- **Alteración morbosa de las facultades:** Por *alteración morbosa* se entienden los supuestos de enfermedad mental o enajenación en sentido jurídico. Comprende el conjunto de trastornos mentales que, *en el momento del hecho*, impidió comprender la criminalidad del acto o dirigir las acciones: clínicamente, puede referirse a las psicosis, pero también es una cuestión largamente discutida la inclusión o no de ciertas formas de neurosis y psicopatías. La jurisprudencia nacional conviene en acordar que no interesa tanto la insuficiencia mental, la alteración morbosa o los estados de inconsciencia en sí mismos, sino en función de las consecuencias que producen en el sujeto en el momento del hecho, su repercusión en el estrato psicológico-conductual.

Dos son las tesis que se disputan la definición y alcance del concepto de alteración morbosa: Por un lado, la *tesis alienista*, que homologa esta noción a la de *alienación*, es decir que para esta escuela no todos los enfermos mentales son inimputables, sólo lo son los alienados, es decir, los psicóticos; dejando por fuera de la condición de inimputabilidad a un importante número de estados mentales (neuróticos, toxicómanos, alcohólicos o psicópatas graves) que requerirían de la misma asistencia especializada y de medidas de seguridad antes que pena de prisión. Por otro, la *tesis nosológica*, en cambio, equipara la alteración morbosa a la enfermedad mental en sentido genérico, en torno de la

cual gira la noción jurídica de inimputabilidad. La primera tesis, representada en nuestro medio por Nerio Rojas (1932), define a la alienación mental como un trastorno general y persistente de las funciones psíquicas cuyo carácter patológico es ignorado y mal comprendido por el enfermo. La categoría de alienación mental exige este elemento *intelectualista*, además de su carácter general que involucra la síntesis psíquica: *que el enfermo no tenga conciencia de su enfermedad, que ignore su estado patológico o que tenga una noción parcial o discontinua*. De lo que se deduce que un enfermo mental con graves trastornos afectivos o volitivos no será alienado si conserva la capacidad intelectual de enjuiciar sus trastornos. Es decir que, para la primera tesis, el compromiso de la conciencia –fundamental en la psicosis como “trastorno del orden del pensamiento”– es paradigmático de lo que caracteriza a la alienación. Para la tesis nosológica, en cambio, el problema es elaborar una teoría de la enfermedad mental que dé sustento firme a la prueba de inimputabilidad, incluyendo en la noción de alienación en sentido jurídico a los cuadros con grave compromiso afectivo-volitivo. Una especie de solución de compromiso respecto de este problema es abordarlo mediante el recurso a una noción controversial como la de la *imputabilidad disminuida*, reiteradamente tratada en los proyectos de reforma legislativa tendientes a crear un régimen especial para los “semialienados”, pero no contemplada en el Código Penal argentino: se trata de aquellos casos de sujetos que sin ser mentalmente enfermos, tampoco son enteramente sanos ni, por lo tanto, completamente responsables: neurosis, personalidades psicopáticas, alcoholismo crónico, debilidad mental, deterioros seniles y preseniles, casos secuelares de traumatismo craneano, encefalopatías, epilepsias y toxicomanías, entre otros. Sin embargo, hay acuerdo hoy entre juristas y especialistas *psi*, en que no es conveniente el traslado de esta pseudocategoría nosológica (cuyo origen se remonta a Grasset, 1906) al terreno jurídico –con el consiguiente establecimiento *a priori* de una responsabilidad penal atenuada que la cabría; razón por la cual casi no figura en la terminología jurídica o psiquiátrica.

En este sentido, se ha negado sistemáticamente –salvo excepciones– la posibilidad de incluir a las psicopatías dentro del campo de la inimputabilidad, conforme con la tesis alienista –representada en nuestro medio, además de por Nerio Rojas desde la psiquiatría forense, por Emilio F. Bonnet en la medicina legal–, en el entendimiento de que el fenómeno derivado de esta anormalidad psíquica no impide la comprensión sino la adecuación de la conducta a esa comprensión. Hoy, la moderna nosología comprende a estos cuadros de “locura moral” dentro de los llamados *trastornos antisociales de la personalidad*, y la orientación jurisprudencial predominante –que no consideraba a la psicopatía como insania en sentido jurídico– ha sido contestada en numerosos fallos desde 1986, con distintos matices, desde el precedente de “Sáenz Valiente, M.” (Revista *La Ley*, t. 1986-D, p. 271) en el que, con los votos de los doctores Zaffaroni y Elbert, señalaron la diferencia entre *conocer* y *comprender*. Según este punto de vista, el psicópata no podría tener comprensión alguna conforme a valores compartidos, condicionado como está por su estructura impulsivo-motivacional, que lo lleva a actuar con ausencia de sentido moral, señalándose en estos casos que un “saber” o entender puramente intelectual sobre lo valioso o disvalioso, no supone *per se* la comprensión que exige el art. 34 inciso primero.

Entre estas dos posiciones –la jurisprudencia predominante y la sentada en el caso “Sáenz Valiente”, para la cual el psicópata es siempre inimputable– hay una serie de soluciones intermedias que, siguiendo a la síntesis jurisprudencial recogida por A. Tenca (2009) en su monografía sobre el tema, pueden resumirse en los siguientes casos: el psicópata es inimputable sólo si no puede comprender la criminalidad de sus actos o dirigir sus acciones conforme esa comprensión (“Sánchez, Omar”, sentencia de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional, Sala III, 1982); el psicópata es inimputable sólo en casos muy graves y excepcionales (“Tignanelli, Juan C.”, sentencia de la Cámara Criminal y Correccional, Sala IV, 1965); y el psicópata es inimputable cuando sus efectos sean similares a los de la psicosis (“Stambuli, Fabio D.”, de la Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala I, 1989).

- **Estados de inconsciencia:** Se refiere a los estados de anulación parcial y transitoria del estado de conciencia habitual; o sea, de la capacidad perceptiva, autocrítica y de control conductual, en grado suficiente como para impedir la comprensión de los propios actos y la dirección motora de los mismos. La ebriedad, salvo la patológica (propia del alcoholismo crónico) es imputable y punible, aun la ebriedad completa si es voluntaria –puesto que entra dentro de la doctrina de la *actio libera in causa*–. La amnesia, cuando es total, da cabida a la eximente (se afirma, jurídicamente, que no se puede alegar inconsciencia cuando se recuerda circunstancias del hecho).

Hoy, se tiende a aprehender los (mal llamados) estados de inconsciencia bajo la rúbrica de *trastornos mentales transitorios* (término no incluido en el Código), aludiendo con estos a aquellos episodios de origen no patológico sino más bien de carácter afectivo, excepcionales, súbitos e intensos, con gran descarga impulsiva. Abarca los casos de fuerte conmoción afectiva seguida de una reacción psicomotora intensa; se trata de un desajuste en cuanto a la expresión, que se traduce en una conducta sin tino, en la que el sujeto –reducido el gobierno voluntario– queda a la merced de los impulsos y de los automatismos, en una experiencia de sobresalto o sobrecogimiento, confundido o impotente. Se califica de *violenta* a la emoción cuando el movimiento afectivo provisto de una fuerte carga tensional altera el equilibrio psicodinámico, y por ende la conducta.

Es el caso de la llamada *emoción violenta* en su expresión más *patológica*, es decir, cuando esta emocionalidad provoca un *trastorno mental transitorio completo* (Emoción Violenta Patológica), que se acompaña de una pérdida de la conciencia y no ya una turbación o estado crepuscular de la misma (como es el caso de un trastorno mental transitorio *incompleto*). Desconexión de la función cognoscitiva a la que son más vulnerables las personalidades hiperemotivas con insuficiente capacidad inhibitoria, que ocasiona que la función mnésica quede anulada (amnesia). Mientras la emoción violenta propia del trastorno mental transitorio *incompleto* puede darse en cualquier persona normal, la que distingue al trastorno mental transitorio *completo* no se da en cualquier sujeto, requiere de la presencia de trastorno o alteraciones, a veces orgánicos (propio de consumidores de psicoactivos y de epilépticos) o psíquicos, y le corresponde la condición prevista en el art. 34 inc. 1º del C.P. De no tratarse de un estado de inconsciencia, la conducta se tipifica en el artículo 81 del CP (“reclusión de 3 a 6 años al que matare a otro, encontrándose en un estado de emoción violenta y que las circunstancias hicieren excusable”). La comprobación de un caso u otro da lugar, pues, a la posibilidad de una eximente de la pena (cuando se

comprueba la inconsciencia) o de un atenuante de la pena (pudo haber comprendido, pero haber tenido dificultades en el control de los impulsos).

Ahora bien, desde una perspectiva crítica que parte de tomar en cuenta desarrollos más actualizados en psicopatología, los factores causales de la inimputabilidad pueden ser reducidos a dos: la “insuficiencia de las facultades” y la “perturbación morbosa de las facultades”. Y esto por dos razones: En primer lugar, porque la “inconsciencia” jamás puede ser causa de inimputabilidad en tanto ausencia de conciencia implica ausencia de conducta. Y en segundo lugar, porque nada se agrega cuando junto a las dos primeras hipótesis se añade la tercera (la de la perturbación de la conciencia), puesto que ninguna insuficiencia o alteración dejará de producir una perturbación de la conciencia, como tampoco se conservará una perturbación de la conciencia que no provenga de alteración o insuficiencia. Ello es tan así, que la llamada “inconsciencia” comienza a desaparecer en cierto momento de los códigos penales, siendo reemplazada por la noción de “trastorno mental transitorio” e involuntario (visto más arriba) o por la de “grave perturbación de la conciencia”, que suponen, en todo caso, una perturbación de la conciencia que puede tener o no tener carácter patológico (Zaffaroni, E. R., 1995: Vol. IV, 121). Desde este análisis, y con razón, este autor plantea que la insuficiencia y alteración morbosa de las facultades deben entenderse, pues, como sinónimos de perturbación de la conciencia (Zaffaroni, E. R., 1995: 130 y ss.).

Resulta así que para el derecho penal argentino **la imputabilidad es la posibilidad, condicionada por la madurez, la salud y la conciencia, de valorar correctamente los deberes y de obrar de acuerdo con ese conocimiento** (Soler, S., 1976: 51).

Como se vio en el apartado anterior, siguiendo a Zaffaroni, *la imputabilidad es una característica de la conducta que resulta de una capacidad del sujeto: la capacidad psíquica del autor para comprender la antijuridicidad de su conducta; e inversamente, inimputabilidad es incapacidad psíquica de culpabilidad.*

En el caso del *menor de edad*, conforme a la legislación vigente y la doctrina dominante, se trata de un **caso de exclusión de pena que obedece a inimputabilidad**, la que se presume sin admitir prueba en contrario (Ley 22.278, Régimen Penal de Menores). Lo que Soler, en su Tratado, denomina como una *presunción juris et de jure* implica entonces que se renuncia al otro criterio, el del *discernimiento*, en el que se examina cada caso en particular para evaluar dicha capacidad, y se opta por *inferir que todo menor es incapaz de culpabilidad* (Zaffaroni, E. R., 1973: 597; Soler, S. 1976: 60).

Claramente, la *no-punibilidad* del menor consagrada por el régimen penal de menores (ley 22.278) es consustancial de aquella contemplada por el primer caso del ya citado artículo 34 inc. 1º del Código Penal argentino: la *insuficiencia de las facultades*.

La exclusión de pena de la menor edad debida a inimputabilidad, entonces, responde a un juicio que *no sólo no tiene carácter conjetural* –como sería el caso de una *presunción* cualquiera, es decir, de una proposición hipotética que afirma de manera apodíctica una propiedad susceptible de ser verificada o refutada (en este caso, la incapacidad psíquica de culpabilidad)- sino que tiene un *carácter preceptivo* absoluto (“*juris et de jure*”) en contra de lo cual no vale ni se admite prueba alguna.

Por ello, en su *Teoría del delito* (1973) Zaffaroni descarta que se trate de una presunción, “porque la presunción se establece conforme a lo que generalmente acontece o es, en tanto que esto no cabe afirmarlo respecto de la inimputabilidad de un sujeto de 14 ó 15 años.” De admitirse este criterio dominante (el de la presunción) “se trataría de una ficción de inimputabilidad”, inclinándose por sostener que, de lo que se trata en la menor edad, es de una *causa personal de exclusión de la pena* (Zaffaroni, E. R., 1973: 598). Es decir, de un límite prudente que el legislador impuso a la potestad punitiva del Estado.

No resulta claro este punto de vista, porque, según el mismo autor señala en su posterior *Tratado*, esto conlleva a ubicar a la inimputabilidad en posición de incapacidad de pena, es decir, por fuera de la culpabilidad aunque dentro de la teoría general del delito, y esto parece contradecir su concepto y aproximarse a la noción de imputabilidad como “*capacidad de pena*” (Feuerbach, Radbruch, Von Liszt).

Empero, se desarrollará más adelante esta perspectiva de la ficción de incapacidad psíquica de culpabilidad.

2.2. LA INCAPACIDAD PSÍQUICA DE CULPABILIDAD EN EL DERECHO DE MENORES

El *Régimen Penal de Menores* emerge del contexto del discurso jurídico-penal y constituye el instituto legal regulado por la ley 22.278 (reformada por ley 22.803 y otras modificatorias), complementaria del Código Penal, que establece en su artículo primero:

No es punible el menor que no haya cumplido dieciséis años de edad. Tampoco lo es el que no haya cumplido los dieciocho años, respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos años, con multa o con inhabilitación.

La ley argentina declara, entonces, “no punible” al menor que no haya cumplido los dieciséis años; y aquellos de entre dieciséis y dieciocho años tampoco son punibles respecto de cierta calidad de delito. Aquí, se recuerda lo señalado *ut supra*: hay que tener en cuenta que si bien el régimen legal vigente habla de *punibilidad*, técnicamente se hace referencia a la imputabilidad (D’Antonio, Daniel H., 1986: 93): la ley establece que los menores que no hayan cumplido dieciséis años al momento de cometer un ilícito *no son punibles*... no dice que son inimputables, con lo que, sin forzar el texto legal, puede interpretarse en el sentido de que al menor no se le aplicará una pena, pero no significa que necesariamente sea penalmente irresponsable –aunque esto sea el presupuesto teórico para la exclusión de la pena. En la práctica judicial generalizada, los menores de 16 son declarados inimputables y sobreseídos. Pero el régimen penal de la minoridad prevé, en rigor, una *medida de seguridad* que puede considerarse “educativa”. Según Creus, suele distinguirse entre medidas de seguridad *curativas, educativas y eliminatorias*, considerándose que en el sistema argentino las primeras corresponden a las previstas en el art. 34 inc. 1º del CP, y las segundas a las previstas para los menores bajo régimen penal (Creus, C., 2011: 397).

Esta medida de seguridad educativa es lo que se llama “disposición del menor”, y que significa que el niño o adolescente queda bajo la custodia del juez para alcanzar los objetivos de protección, con la consiguiente restricción de la patria potestad y de la tutela para poder así mejor cumplir dicha función protectora, sin perjuicio de la encomienda de la guarda del menor a personas u organismos en casos que corresponda (Art. 3º). Esta disposición del menor puede cesar cuando el juez lo considere conveniente y, de pleno derecho, concluirá cuando el menor alcance la mayoría de edad.

¿En qué se sostiene este régimen penal minoril basado en la no-punibilidad y diferenciado entonces del que es propio del adulto? **La no-punibilidad se sostiene en una especie de la incapacidad jurídica con la que se distingue todo lo referido al tratamiento jurídico del menor no sólo en la ley penal; sino, y fundamentalmente, en la ley civil.**

Por consiguiente, se trata de la relación del menor de edad con una categoría del derecho como es la *capacidad jurídica*, que consiste en la idoneidad del sujeto para ser titular de derechos y de obligaciones, esto es, sujeto de una relación jurídica. En el CODIGO CIVIL DE LA NACION (en adelante, CC), en los artículos 51 y s.s.:

Art. 51.- Todos los entes que presentasen signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia visible.

Art. 52.- Las personas de existencia visible son capaces de adquirir derechos o contraer obligaciones. Se reputan tales todos los que en este código no están expresamente declarados incapaces.

Art. 53.- Les son permitidos todos los actos y todos los derechos que no les fueren expresamente prohibidos, independientemente de su calidad de ciudadanos y de su capacidad política.

Art. 54.- Tienen incapacidad absoluta:

- 1º Las personas por nacer;
- 2º Los menores impúberes;
- 3º Los dementes;
- 4º Los sordomudos que no saben darse a entender por escrito;

Art. 55.- Los menores adultos sólo tienen capacidad para los actos que las leyes les autorizan otorgar.

Art. 56.- Los incapaces pueden, sin embargo, adquirir derechos o contraer obligaciones por medio de los representantes necesarios que les da la ley.

Es sobre todo en el Código Civil en donde puede constatarse cómo la capacidad del menor se vio afectada en el ejercicio de los derechos; y ello es así debido a que la ley responde de esta manera a la condición de *persona no desarrollada plenamente*, determinando así, con la consagración de la incapacidad, una institución de protección jurídica tendiente a resguardar los intereses del menor como titular de los derechos: así, el artículo 58 (CC) sienta como principio rector que los incapaces son protegidos al solo fin de suprimir los impedimentos derivados de su incapacidad:

Art. 58. Este código protege a los incapaces, pero sólo para el efecto de suprimir los impedimentos de su incapacidad, dándoles la representación

que en él se determina, y sin que se les conceda el beneficio de restitución, ni ningún otro beneficio o privilegio.

En el transcurso de esta redacción, fue modificado el Código Civil redactado por el doctor Dalmacio Vélez Sársfield (Ley 340) que rigió –con sus sucesivas modificaciones– desde el 1º de enero de 1871; estando por entrar en vigencia el *Código Civil y Comercial de la Nación* (Ley 26.994 de octubre de 2014, en vigencia desde el 1º de agosto de 2015), lo que dio lugar a un trabajo de lectura comparada que se verá en las páginas que siguen.

En este nuevo Código Civil (en adelante, CCC) recientemente sancionado y promulgado (Ley 26.994/14) *se mantiene parcialmente el régimen actual sobre la menor edad*, si bien con ciertas modificaciones formales que parecen receptar el cambio de paradigma iniciado (cuestión anticipada en la Introducción y que se desarrolla en el siguiente capítulo de este estudio). Se conserva el comienzo de la mayoría de edad en los 18 años –instituto ya modificado por Ley 26.579/09, al bajar la edad desde la anterior de 21 años– y plantea una nueva clasificación de los menores, disponiendo en su art 25: “Menor de edad y adolescente. Menor de edad es la persona que no ha cumplido DIECIOCHO (18) años”. El mismo art. 25 *in fine* dice: “Este Código denomina adolescente a la persona menor de edad que cumplió TRECE (13) años”, mientras que el menor de 13 años sería considerado *niño*. Se abandona, pues, la vieja distinción entre menores impúberes (menores de 14 años) y menores adultos (entre 14 y 18 años) del art. 127 del anterior CC, pero contraviene de alguna manera lo dispuesto por la Convención, que en su art. 1º considera *niño* a todo ser humano hasta los dieciocho años.

La nueva ley civil modifica el régimen de la capacidad, eliminando la distinción de incapaces absolutos y relativos, introduciendo la distinción entre capacidad de derecho y capacidad de ejercicio en sus arts. 22 y 23:

Art. 22.- Capacidad de derecho. Toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos. La ley puede privar o limitar esta capacidad respecto de hechos, simples actos, o actos jurídicos determinados.

Art. 23.- Capacidad de ejercicio. Toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial.

No obstante este cambio, *no adjudica a los menores de edad la autonomía necesaria para ejercer derechos y obligaciones, pues sigue considerando que se trata de individuos dependientes de otros sujetos, y que deben actuar representados por sus padres, tutores o guardadores*. Se advierte que, si bien el art. 23 establece la regla de la capacidad de ejercicio de toda persona humana, en el art. 24 se considera *incapaces de ejercicio a quienes no tengan edad y grado de madurez suficiente*. Se enumeran los incapaces de ejercicio cuando dice:

Art. 24.- Personas incapaces de ejercicio. Son incapaces de ejercicio:

- a) la persona por nacer;
- b) *la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la Sección 2ª de este Capítulo;*
- c) la persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión (Cursivas del autor).

En los casos de los niños y adolescentes, la capacidad de ejercicio se encuentra regulada por el art. 26:

Art. 26.- Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad. *La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales.*

No obstante, *la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico.*

En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada.

La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona.

Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física.

Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico.

A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo. (Cursivas del autor).

Si bien la reforma es receptiva del principio de *autonomía progresiva* (el cual se explica más abajo), sin embargo, la regla en el régimen de ejercicio de los derechos del niño se sigue situando en la representación legal (véase el primer párrafo del art. 26), cuando la opinión de los doctrinarios del paradigma de la protección integral (véase, por ejemplo, MINYERSKY Y HERRERA, 2006: 56) deja bien claro que la representación legal del niño y el adolescente debería actuar como una protección a sus derechos en el caso de que los niños no cuenten con el grado de madurez y desarrollo necesario para ejercer ciertos actos o derechos, supuesto bajo el cual la actuación por parte de sus representantes legales se introduce como una protección especial del niño sobre esos actos o derechos; y la regla debería ser el principio de capacidad o autonomía progresiva que introducen las categorías de edad y grado de madurez en el segundo párrafo del art. 26.

La incapacidad de ejercicio, propia de *la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente*, trasciende el área de las relaciones civiles, y aparecerá igualmente en el ámbito laboral, donde se lo resguarda al menor con normas específicas típicas de una finalidad tutelar y educativa, estableciéndose su incapacidad para celebrar contrato de trabajo y el consiguiente desempeño de actividades laborales en distintas edades; pero también en el ámbito administrativo, comercial, procesal.

Por otra parte, si bien ni la Ley 26.061, promulgada el 26 de octubre de 2005, ni su decreto reglamentario, regulan la intervención del Estado ante infracciones de la ley penal imputables a menores de edad, resulta un aporte insoslayable para el proceso de adecuación normativa en materia penal juvenil.

Lo que interesa aquí, no sólo por un interés meramente teórico, sino, sobre todo, por su relevancia práctica e impacto en las condiciones materiales de existencia de

este singular sujeto de derecho que es el llamado *menor*, es la incapacidad de índole penal –toda vez que la afirmación de diferencias psicológicas y criminológicas normativamente relevantes entre los menores y los mayores de edad, en lo que atañe a sus comportamientos delictivos, se basa únicamente en dicha incapacidad, es decir, en la afirmación de una radical diferencia psicológica normativamente relevante.

Ya la reforma de los arts. 126 y 128 del CC por ley 26.579 (B. O. N° 31.806, 2009) dejó sentado que: “*Son menores las personas que no hubieren cumplido los 18 años de edad*” (Art. 126) y que “*Cesa la incapacidad de los menores por la mayor edad el día en que cumplieren los 18 años*” (Art. 128), entre otras modificatorias a distintos artículos del Código Civil y derogado otros del Código de Comercio, pero no sólo dejó sin tocar las disposiciones legales de carácter penal relativas al régimen penal de menores (materia que, por supuesto, no era la suya), sino que en los debates parlamentarios celebrados en ambas Cámaras del Congreso de la Nación no fue tema central de análisis verificar de qué modo afectaba esta reforma a la justicia penal juvenil, no obstante que el art. 5 de la ley 26.579 imponía que “*Toda disposición legal que establezca derechos u obligaciones hasta la mayoría de edad debe entenderse hasta los 18 años, excepto en materia de previsión y seguridad social en que dichos beneficios se extienden hasta los 21 años...*”, tal como lo señala A. G. P. Castelli (2011).

Ahora bien, el Régimen Penal de Menores emerge no sólo del contexto legal que constituye el instituto regulado por la ley 22.278 (reformada por ley 22.803), sino que tiene su base doctrinaria en el llamado *Derecho de Menores*. Doctrina y norma que sientan las bases de un discurso jurídico-penal que resiste a su reducción.

No obstante estar el derecho de menores profundamente enraizado en el problema de la “pretendida delincuencia de menores” (LÓPEZ REY, 1981: Vol. I, XV), gran parte del esfuerzo doctrinario busca constituir a éste como una rama autónoma del derecho, busca arrancarlo del suelo de los penalistas, planteando a la vez la existencia de un ámbito propio y distinto del derecho penal, donde debe colocarse al sujeto minoril, lo que perseguiría el objetivo explícito de extraer al menor de la situación de reproche penal.

Es ésta la posición de un autor como D’Antonio, quien –citando a Jiménez de Asúa, para quien el tema de la imputabilidad, por tratarse de la capacidad (de acción, de culpa, de pena) no puede independizarse del estudio del sujeto activo del delito– sostiene que toda regulación jurídica referente al menor, que tenga a éste como sujeto, corresponde al derecho de menores. Por ello:

en esta disciplina no cabe referirse ya a la imputabilidad, culpabilidad, responsabilidad ni a otros conceptos típicamente penales, sino que lo concerniente a las consecuencias de la conducta del menor que encuadre en una figura delictiva dependerá de la regulación de su capacidad por la norma específica (...) sólo por una adecuación y correlación terminológica con los regímenes legales que regulan la conducta desviada minoril que tipifica una figura penal, seguimos haciendo referencia a la inimputabilidad del menor (D’Antonio, D. H., 1986: 92, 94, 96).

Así, “las posibilidades de aplicación de medidas tutelares y reeducativas, incluidas las que muestren aspectos de reproche, responderán al régimen establecido como

excepción a la *natural incapacidad* del menor y a lo que mejor resulte para su protección integral.” (D’Antonio, D. H., 1986: 94, cursivas del autor).

Ello conduce a profundizar en los presupuestos de esta rama del derecho, que H. D. D’Antonio refleja acabadamente en su obra.

Como se planteó más arriba, si bien la problemática penal en la población de jóvenes ha sido el punto de partida de la cuestión minoril para el desarrollo de la protección jurídica que es el objetivo del derecho de menores, se parte de una posición de principio que es predominante en la doctrina jurídica argentina: como lo expresa claramente el autor citado, dicho principio o supuesto es el que parte de afirmar que “las nociones clásicas de imputabilidad, culpabilidad y responsabilidad penal, son absolutamente extrañas e inaplicables al derecho de menores” (D’Antonio, D. H., 1986: 92).

Es que la fundamentación del derecho de menores parte de percibirse a sí mismo como rama jurídica autónoma: “Es la rama del derecho que, tomando en consideración la calidad del sujeto en razón de su especificidad, regula las relaciones jurídicas e institucionales referidas al menor de edad” (D’Antonio, D. H., 1986: 3).

Según José Severo Caballero, el *derecho tutelar* de la minoridad es una parte de una protección aún mayor que se extiende a la prevención general; *descartándose el castigo y sustituyéndolo por la protección* se da lugar a un régimen especial denominado *derecho de menores* (Caballero, José S., 1963: 22-25).

Según Antonio Sabater Tomas se trata de un derecho juvenil, independiente, autónomo, especial y *psicosocial*, autonomía que se basa en dos elementos: en la personalidad y cualidad del menor –elemento intrínseco, objeto del derecho minoril– y en la existencia de un órgano judicial especializado –elemento extrínseco– (Sabater Tomas, A., 1967: 55-56).

La autonomía del derecho de menores ha sido sostenida y fundamentada en nuestro medio por autores como José R. Mendoza (1960), Rafael Sajón (1967), Roberto Cillanueva Magdalena (1971); y en España, por Luis Mendizábal Osés y el ya nombrado Antonio Sabater Tomas. También en Italia ha sido la opinión predominante en la doctrina.

Como se expresa claramente, tal pretensión de una disciplina autónoma se sustenta en la *calidad del sujeto* involucrado, la que parece requerir del orden jurídico una protección más especializada en razón de elementos tales como la calidad y especificidad de su sujeto: es, pues, su condición de *ser no plenamente desarrollado*, la nota más destacada del sujeto del derecho de menores, y lo que determina su *carácter tutelar y protectorio* que orienta todas sus normas. Ello es así, según se aduce, en razón de un incompleto desarrollo de sus distintos aspectos constitutivos (biológico, psicológico y social), por lo que se erige esta rama del derecho como un derecho singular, que tiene por objeto “la protección integral del ser humano, desde su concepción hasta que alcanza, tras su nacimiento, la plena capacidad de obrar, que se inicia con la mayoría de edad, para integrarle armónica y plenamente en la convivencia social” (D’Antonio, D. H., 1986: 5 y ss.).

Mientras algunos autores –como D’Antonio, quien representa acabadamente a la doctrina de la situación irregular que regulaba la situación de la infancia y adolescencia con anterioridad a la CIDN– prefieren circunscribir la actuación del derecho minoril a la protección de los menores en estado de *abandono material o en*

situación de peligro moral, hoy el mayor consenso está del lado del modelo de la *protección integral*: el giro radica en la concepción de los niños y adolescentes como sujetos plenos de derecho –perspectiva que implica asumir que éstos son protagonistas de su propia vida y que irán adquiriendo una autonomía creciente para la toma de decisiones, de manera acorde a su evolución– y en que sus derechos merecen una protección especial.

Queda así planteada la coexistencia de dos perspectivas –o, abusando quizá del término, *paradigmas*– que son: el *paradigma de la situación irregular* (cuyo dispositivo jurídico más importante en la Argentina fue la ley nacional 10.903, llamada Ley Agote) que concibe al menor como objeto de compasión-represión; y el *paradigma de la protección integral*, que piensa al niño y al adolescente como sujeto de derecho en el sentido progresista de la Declaración Universal de los Derechos del Niño (García Méndez, E., 1991; Beloff, Mary A., 1993; Daroqui, A. y Guemureman, S., 1999).

Se trata de un vuelco que se integra a un proceso de cambios legislativos –reflejo de una tendencia internacional– que comienza a darse desde 1984, con el retorno de la democracia. Giro que comienza con la ratificación del Pacto de San José de Costa Rica (Ley 23.054 del 1º de marzo de 1984, cuyo artículo 1º aprueba la convención americana sobre derechos humanos firmada en la ciudad de San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969), prosigue con la adopción de reglas y directrices internacionales como documentos-base para la reforma –las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la administración de justicia de menores (Reglas de Beijing, ONU, 1985), las Directrices de Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad, ONU, 1985) y las Reglas de Naciones Unidas para la protección de menores privados de libertad (ONU, 1990)– y con la ratificación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño mediante Ley 23.849/90. Culminando dicho giro con la incorporación de la CIDN a la Constitución Nacional (en su artículo 75, inciso 22 sobre las Convenciones, Tratados Internacionales y Concordatos concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales) a través de la reforma del año 1994.

Estas reformas legislativas marcaron una clara tendencia en el sentido de promoción de derechos. Pero esta corriente tuvo que pugnar con otra en el mismo período pero de signo contrario en materia de política social, signada por la descentralización, la privatización de asuntos de interés público y la desinversión en políticas públicas, que surgieron con el sello de la “reforma del Estado” y de “fin del Estado de Bienestar”. Y, por ende, en la pronunciada incapacidad por parte de las instituciones estatales para dar cumplimiento a las obligaciones emanadas de la legislación a través de medidas de acción positiva, para hacer las previsiones normativas de la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

De manera paralela a este proceso de cambio, aunque no específicamente relativo al “cambio de paradigma”, se dio una serie de reformas judiciales previstas por la Ley 23.984/91 (Código Procesal Penal de la Nación), pero que involucró la creación de los primeros Juzgados de Menores en la Capital Federal; la sanción de la Ley 24.050 (de Organización del Poder Judicial de la Nación con competencia en materia penal) que estableció la constitución y competencia de los nuevos Tribunales Penales, entre ellos los Tribunales Orales de Menores.

Ahora bien, si bien la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño de 1990 y su incorporación a la Constitución Nacional en 1994, trazaron un giro

rupturista basado en el abandono de la concepción del *menor* como objeto de intervención, e introdujeron la consideración del niño como *sujeto de derecho* y el radical cuestionamiento al modelo o doctrina de la Situación Irregular, a la vez que impuso en la agenda política el concepto de Protección Integral del Niño como nuevo paradigma orientador para las nuevas legislaciones sobre niñez y adolescencia, ello no acarrió el consiguiente cambio en las estructuras político-institucionales que operan sobre la “minoridad” (Daroqui y Guemureman, 1999: 49).

Lo cierto es que las prevenciones de estas autoras respecto de la ausencia de resultados medianamente esperanzadores en 1999, siguen en parte justificadas por la persistencia de ciertos hábitos y prácticas de la administración de justicia centrada en los Tribunales de Menores, que consisten en una judicialización supletoria de políticas sociales básicas. Pese al planteo de una renovada subjetividad jurídica, persisten rémoras poco visibilizadas de la vieja concepción de sujeto propia del sistema tutelar.

A propósito de esta concepción, se ha destacado que es *una determinada calidad del sujeto* lo que constituye el fundamento del derecho de menores, núcleo duro del modelo tutelar. Esta calidad se refiere al hecho de ser *personalidad en desarrollo*, hecho en el que se asienta su condición de *inmadurez*, la que para su resguardo requiere de protección desde una rama del derecho con finalidad protectora, que se ocupe de manera autónoma de todo lo que concierne a sus intereses. Esta protección total –y su especie, la protección jurídica– toma como sujeto exclusivo al así llamado *menor de edad*, es decir, a la persona que aún no ha llegado al momento que la ley establece como principio de la mayoría de edad.

El menor es así receptor de la norma protectora desde su concepción misma en el vientre materno –puesto que es consagrado como persona por el derecho argentino en los artículos 63, 70 y 74 del CC:

Artículo 63.- Son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno.

Art. 70.- Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre.

Art. 74.- Si muriesen antes de estar completamente separados del seno materno, serán considerados como si no hubiesen existido.

Y por lo tanto, se le reservan una serie de normas vinculadas a la persona, con la indicación expresa de los derechos que le habrán de corresponder, limitados por su propia naturaleza y sujetos a la condición de que se produzca el nacimiento con vida (artículos 64 y 70 CC). La protección de la persona por nacer, consagrada asimismo por las leyes laborales y previsionales, con la consiguiente represión penal del aborto, es la primera forma de resguardo del menor como destinatario de la norma, que es inherente a la finalidad perseguida por el derecho de menores.

Se afirmaba, pues, la existencia del sujeto del derecho minoril desde la concepción misma. Y la vigencia de sus normas protectoras era extendida hasta el día en que llegaba a la mayoría de edad: “cesa la incapacidad de los menores por la mayor edad, el día en que cumplieren veintiún años” (Art. 128, párr. 1ro. del CC según Ley 17.711).

Si bien el menor podía alcanzar su emancipación legal o matrimonial, o ser emancipado dativamente –cuyo caso conlleva al no funcionamiento de las más importantes funciones de resguardo (incapacidad, patria potestad, potestad adoptiva, tutela)– ello no afecta otras importantes normas de protección sustentadas en la permanencia de la condición de menor: por ejemplo, en el *régimen penal de menores*, cuyas disposiciones alcanzan al emancipado por matrimonio (art. 12, Ley 22.278), o en las inhabilidades que prescribe la ley civil en la esfera patrimonial incluso para los emancipados por matrimonio (arts. 134 y 135 CC), o en la revocación de su condición de emancipados a los habilitados (art. 131 CC).

Surge palmariamente de los textos consultados que, en la persecución de sus fines, el derecho minoril recurre –como uno de sus elementos más distintivos– a la consagración de la *incapacidad*. El tratamiento que recibe entonces la incapacidad del menor de edad, es la de ser considerada un elemento de protección de éste, tanto en la esfera de las relaciones civiles como en las penales y laborales (D'Antonio, D. H., 1986: 78).

Se señala, asimismo, que al considerar el tema de la incapacidad como forma de protección jurídica a la minoridad, deberá tenerse en cuenta la diferencia entre capacidad y *discernimiento*. En efecto, la capacidad constituye la cualidad más destacada y determinante de la *persona*, confundiendo con este último concepto. La persona es para el derecho el sujeto de la relación jurídica, estando la noción de sujeto de derechos y deberes íntimamente vinculada con el problema inherente a la capacidad. Personalidad jurídica y capacidad jurídica son expresiones equivalentes, siendo persona quien tiene capacidad, y quien tiene capacidad es por esto mismo persona. Entonces, la capacidad no es una condición que conviene o se conforma a la persona del derecho, sino que integra consustancialmente esa misma noción. Mientras **capacidad** es la aptitud legalmente reconocida al sujeto de la relación jurídica para que se convierta en titular de ella o para ejercer por sí mismo los derechos propios, el **discernimiento** es la cualidad o facultad del sujeto por la cual reconoce y distingue lo bueno de lo malo, lo justo de lo injusto o lo conveniente de lo inconveniente.

La capacidad es aptitud que provee la ley y asunto que ella maneja y declara en función de los presupuestos de hecho que estima computables; el discernimiento es una aptitud que provee la naturaleza, limitándose a regir la ley las situaciones excepcionales de insuficiencia de tal aptitud natural. Así lo hace nuestro código Civil en los arts. 921 y 1076 y pese a que para el discernimiento igualmente la ley gradúa en función de categorías abstractas, debe advertirse que siempre se lo toma para imputar al sujeto responsabilidad por las consecuencias perjudiciales de sus actos (D'Antonio, D. H., 1986: 80-81).

A continuación, este autor afirma la siguiente premisa: **el menor es un ser básicamente incapaz y su falta de capacidad se fundamenta en el insuficiente desarrollo de su posibilidad de comprensión** (D'Antonio, D. H., 1986: 80-81. El destacado es nuestro).

Entonces: el tema de la capacidad –y consecuentemente el de la incapacidad del menor– aparece como un elemento liminar en el ámbito de la protección jurídica del menor. Desde el punto de vista privado, civil y comercial, la edad de las personas ha de considerarse para protegerlas en sí mismas y en sus bienes contra la inexperiencia o insuficiente discernimiento: para el derecho privado el incapaz por

minoridad es, esencialmente, un ser necesitado de protección, cumpliéndose la función protectora en este ámbito mediante las incapacidades por minoría de edad, el régimen de nulidades de los actos otorgados en violación de la ley, las medidas de asistencia y representación necesaria, el otorgamiento de ventajas jurídicas especiales, y la regulación de las instituciones de patria potestad, tutela, curatela y patronato estatal.

Pero esta función de protección no se reduce al ámbito del derecho privado; en efecto, D'Antonio sostiene que el concepto de incapacidad se muestra como una típica institución del derecho de menores, que la amplía para abarcar aspectos tradicionalmente considerados de derecho público, según habrá de verse especialmente al tratar "la denominada imputabilidad del menor" (D'Antonio, D. H., 1986: 79). Este estado de minoridad subsiste hasta el día en que la persona llega a la edad que la ley establece como principio de la mayoría, aunque puedan dejarse sin efecto o vigentes, en parte, la vigencia de las normas protectorias (por ej., los casos de emancipación). No obstante, dicho estado subsiste.

En la ley civil anterior a la reforma legislativa, se estableció una diferenciación interna entre categorías de menores, distinguiéndose entre menores impúberes y menores adultos:

Artículo 127.- Son menores impúberes los que aún no tuvieran la edad de catorce años cumplidos, y adultos los que fueren de esta edad hasta los veintiún años cumplidos.

Distinción que remonta sus antecedentes a Roma, donde se formuló la clasificación de *infantes*, *menores impúberes* y *menores adultos*. Empero, la orientación legislativa actual y la doctrina concuerdan en que no existen fundamentos para hacer distinciones internas dentro del estado de minoridad, negando consecuencias prácticas a las categorizaciones legales. Ya el proyecto de Código Civil de 1936 y el anteproyecto de 1954 suprimieron toda diferenciación entre menores, limitándose a consagrar como principio jurídico la incapacidad del menor de edad.

Entonces, entre las edades mencionadas en la legislación, se aprecia en primer lugar la de los catorce (14) años, donde ya se advierte la comprensión del menor para la realización de actos lícitos, es decir, se aprecia la existencia de discernimiento (art. 921, CC):

Artículo 921.- Los actos serán reputados hechos *sin discernimiento*, si fueren *actos lícitos practicados por menores impúberes*, o actos ilícitos por menores de diez años; como también los actos de los dementes que no fuesen practicados en intervalos lúcidos, y los practicados por los que, por cualquier accidente están sin uso de razón.

Por lo tanto, la ley permite a esa edad la realización de algunos actos atinentes a intereses muy personales del menor: casarse (la mujer), reconocer hijos extramatrimoniales, defenderse en sede judicial, ejercer el comercio, etc. A partir de los dieciocho años aparecen ya considerables excepciones a la incapacidad del menor, alegándose que responden a una maduración más acentuada de la persona del menor y a una más profunda interrelación social. Pero todo ello es considerado sólo "excepciones legales a la *natural condición básica de inmadurez*, y consiguiente vigencia de la incapacidad como elemento tutelar" (D'Antonio, D. H., 1986: 44. El destacado es nuestro).

Este estatuto de incapacidad comienza a ser afectado, si bien de manera imperfecta todavía en nuestra legislación nacional, a partir de la introducción del *principio de autonomía progresiva* por medio de la incorporación de la letra y del espíritu de la CIDN.

CAPÍTULO 3

El principio de autonomía progresiva

Principios y derechos que introduce la CIDN en el estatuto del niño y del adolescente. El principio de autonomía progresiva como un caso del principio jurídico de la autonomía de la voluntad. Impacto sobre el estatuto de incapacidad en la actual legislación. Necesidad de considerar un hecho psicológico: el grado evolutivo.

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CIDN) imprimió un giro radical en la forma de entender la infancia, la adolescencia y sus derechos. Dicho giro revolucionario es expresado coloquialmente como un *cambio de paradigma*: es decir, desde el de la *situación irregular* (tutelar) –que se expresa en doctrinas como las reseñadas en el capítulo anterior– al de la *protección integral de los derechos de la niñez*, lo que significa que niños y adolescentes deben ser considerados sujetos plenos de derecho, y que sus derechos merecen una protección especial.

Esta Convención –que fue suscrita por nuestro país en octubre de 1990 (Ley 23.849), quedando desde entonces obligado a respetar, proteger y promover los derechos que ella consagra por medio de la adecuación del derecho interno– se despliega en 54 artículos que establecen derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, reconociendo fundamentalmente que todas las personas menores de 18 años son “sujeto de derechos”, por lo cual razón deben ser protegidos por los Estados.

Los derechos humanos enunciados en ella tienen todos la misma importancia, no están categorizados en un orden de mayor a menor jerarquía, puesto que se encuentran mutuamente relacionados y buscan abarcar todos los aspectos de los niños y adolescentes. Pueden agruparse en:

1. Derechos Fundamentales: como el derecho a la no discriminación (art. 2), el Interés Superior del niño (art. 3), al desarrollo de las capacidades (art. 5), derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo (art. 6), derecho a un nombre y a una nacionalidad (art. 7), derecho a la preservación de la identidad (art. 8), a la libertad de opinión (art. 12), a la libertad de expresión (art. 13), a la libertad de pensamiento y religión (art. 14), derecho a la información (art. 17), a la libertad de asociación (art. 15), a la educación (art. 28), a la protección contra los malos tratos (art. 19) y derechos de niños indígenas (art. 30).
2. Derechos al Desarrollo Personal: derechos del niño refugiado (art. 22), del niño discapacitado (art. 23), derecho a la salud (art. 24), a la evaluación periódica de internamiento (art. 25), a la seguridad social (art. 26), y a un nivel de vida adecuado (art. 27).
3. Derechos contra la Explotación y los Abusos: derecho al ejercicio de los derechos (art. 4), a vivir con los padres (art. 9), a la reunificación familiar (art. 10), a la libertad de desplazamiento (art. 11).
4. Derechos de Protección Social: derecho a la protección y a la asistencia social (art. 20), derecho a la adopción (art. 21), derechos del niño refugiado (art. 22) y derechos del niño discapacitado (art. 23).

Como se anticipó en la Introducción a este estudio, en la República Argentina el proceso de cambio comenzó con la ratificación en 1990 de la CIDN (Ley Nacional N° 23.849), prosiguió con su elevación a la jerarquía constitucional con su incorporación –como parte de los Tratados internacionales de Derechos Humanos– al texto de la Constitución Nacional mediante la reforma de 1994, con su inclusión en el Art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional (CN).

Pero la coexistencia entre ambos paradigmas se mantuvo por más de quince años, en los que estuvieron vigentes la Ley Nacional 10.903/19 (o Ley Agote), piedra basal de la doctrina de la situación irregular y de la lógica tutelar (junto a sus equivalentes provinciales), y el paradigma o modelo de la protección integral.

Esta coexistencia implicó la pervivencia de las leyes e instituciones que regulaban la situación de la infancia y juventud con anterioridad a la CIDN, y que conformaban un verdadero “complejo tutelar” (el Patronato de Menores) integrado por los juzgados de menores y sus órganos administrativos auxiliares (los servicios de acción o asistencia social, los hogares e institutos de menores, los cuerpos profesionales médicos, psicológicos y sociales de asistencia) que intervenían sobre su objeto: la infancia desvalida o desviada, en situación de peligro material o moral. Modelo que no estaba dirigido al universo de la infancia, sino a un subproducto de ella: los niños marginados por el fracaso de las instituciones pilares de su socialización: la familia y la escuela. Generalmente, emergentes del sector más vulnerable de la sociedad, los niños eran objeto de protección a partir del diagnóstico de su “situación de riesgo”.

Con la sanción de la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (reglamentada mediante Decreto 415/06), recién en el año 2005, la legislación interna comenzó a adecuarse al derecho internacional de la infancia –si bien, en un país federal donde cada provincia retiene facultades no delegadas al gobierno nacional, algunas provincias ya habían comenzado a darse leyes procesales conforme este espíritu y otras mantenían el status quo.

En su artículo 1º, la Ley 26.061 funda su objetivo en la protección integral de los derechos de todos los niños, niñas y adolescentes, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte.

En su artículo 2, establece el alcance obligatorio de la aplicación de la CIDN en todo acto estatal (administrativo, judicial o de cualquier naturaleza), e introduce las denominaciones “niño” y “adolescente” para abarcar a todas las personas menores de 18 años, si bien no delimita las edades que distinguen ambas etapas.

Su artículo 3 instituye el *principio del interés superior del niño*, incluyendo el *derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta en todos los ámbitos*, lo que –concordante con el artículo 5 de la CIDN, que expresa el *principio de autonomía progresiva del niño*, al establecer que los responsables legales deben impartirles dirección y orientación para que éstos ejerzan sus derechos “en consonancia con la evolución de sus facultades”– sienta las bases de este principio en nuestra legislación, afirmando que deberá respetarse su condición de sujeto de derecho y el pleno desarrollo personal de sus derechos según su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales.

Este *principio de autonomía progresiva* se encuentra relacionado estrechamente con el contenido del art. 12 de la CIDN, que fija el derecho del niño *a formarse un juicio propio, a expresar su opinión y a ser escuchado*. Como se ve, esta perspectiva

implica la voluntad del legislador de otorgarle al niño el protagonismo de su propia vida, a lo largo de la cual irá adquiriendo una progresiva autonomía para tomar sus propias decisiones de acuerdo a su evolución.

El análisis léxico del término *autonomía* brinda alguna orientación.

El Diccionario de la Real Academia Española (versión electrónica de la 22ª edición en www.rae.es) da varias acepciones del término *autonomía*:

1. f. Potestad que dentro de un Estado tienen municipios, provincias, regiones u otras entidades, para regirse mediante normas y órganos de gobierno propios.
2. f. Condición de quien, para ciertas cosas, no depende de nadie.
3. f. comunidad autónoma.
4. f. Máximo recorrido que puede efectuar un vehículo sin repostar.
5. f. Tiempo máximo que puede funcionar un aparato sin repostar.

La enmienda incorporada de la 23ª edición de octubre de 2014, añade otra acepción:

~ de la voluntad. 1. f. *Der.* Poder que el derecho confiere a las personas para definir el contenido de sus relaciones jurídicas conforme a sus intereses, sin otros límites que los derivados de las leyes imperativas, de la moral y del orden público.

Por las dos primeras acepciones y la enmienda añadida, se observan las claras connotaciones jurídicas que tiene el concepto, referidas en definitiva a la condición de una persona física o jurídica que goza de entera independencia para regirse por sus propias leyes, es decir, para tomar decisiones propias. La noción de autonomía tiene como antónimo la de *heteronomía*, entendida ésta como la condición de una voluntad que se rige por imperativos exteriores a ella misma. Autonomía y heteronomía, nociones éticas que se encuentran, asimismo, en la psicología del desarrollo, como se verá en el siguiente capítulo.

En sus diversos alcances, la autonomía puede ser capacidad tanto de una persona física (sujeto psicológico) o de una persona jurídica (el caso de empresas, fundaciones u otras asociaciones civiles o estatales, como municipios, provincias o territorios dentro de un territorio mayor como el nacional) o de una cosa, como vehículos u otros aparatos mecánicos o electrónicos.

En tanto noción ética, *autonomía* es ausencia de coacción, autodeterminación, libre determinación de la conducta. En las fuentes bibliográficas, por ejemplo la *Ética a Nicómaco* de Aristóteles, puede ser mencionada como autarquía o autosuficiencia, según las versiones y traducciones. Precisamente, según Aristóteles, la libertad, que en este autor se ve restringida al ámbito de la moral, es elegir hacer el bien o el mal. Recogida en la noción de *libre albedrío* de Tomás de Aquino, queda intrínsecamente vinculada a la noción jurídica de *imputabilidad (moral)*, en la que se aloja esta concepción antropológica del Occidente grecorromano y judeocristiano.

Entonces, la libertad moral del hombre es un presupuesto doctrinario básico de la doctrina clásica del derecho penal, y está ligada por sus raíces aristotélico-tomista a la capacidad de *comprender* y *determinarse libremente*: Inteligencia (razón) y voluntad libre, pilares del principio de autonomía, son condiciones propias del hombre como *ser moral* dotado de arbitrio, requisitos que debe reunir para responder por el hecho ilícito.

Se trata, pues, de una condición de la persona *física* que goza de independencia para regirse por sus propias leyes, es decir, para poder hacer valer sus derechos y

tomar decisiones o decidir sobre la propia persona sin intervención de terceros, lo que en el ordenamiento civil se identifica con la *mayoría de edad* (a partir de la cual podrá ejercer sus derechos civiles, votar y asociarse libremente con otras personas físicas, comprar y vender sus propiedades o poseer bienes a su nombre, entre otros).

Es decir que, la nueva posición jurídica del niño en la sociedad, su participación en la vida pública y privada, a partir de su reconocimiento como sujeto pleno de derecho, su posibilidad de ejercer ciertos derechos, se encuentra íntimamente relacionada con el principio jurídico de la ***autonomía de la voluntad***.

Este concepto procede a su vez de la filosofía kantiana, y se refiere a la facultad del individuo para dictarse sus propias normas morales. Insertado como un principio básico del Derecho Privado, establece que son los propios individuos los que dictan sus propias normas para regular sus relaciones privadas y establecer relaciones jurídicas acorde a su libre voluntad, para realizar todo aquello que no se encuentre expresamente prohibido o que atente contra el orden público, las buenas costumbres y los derechos de terceros. Como doctrina de la filosofía jurídica, establece que toda obligación reposa en la voluntad de las partes –fuente y medida de los derechos y obligaciones que el contrato produce.

El ejercicio de la autonomía trae aparejada una ***responsabilidad*** que, a su vez, debe ejercerse con la madurez necesaria, es por ello que es preciso delimitar el ejercicio de la misma, comenzando por determinar los requisitos para hacer surgir una obligación válida.

Ahora bien, **¿cómo afectaría esta nueva condición asentada sobre el principio de autonomía de la CIDN al tratamiento del menor como incapaz?**

La Convención reconoce específicamente que todos y cada uno de los niños son sujetos titulares de derechos. Lo cual implica el cambio de paradigma aludido, al no ser ya considerado el niño como objeto de protección-represión por parte del Estado y de la sociedad de adultos, sino como “un sujeto de derechos originarios” (Baratta, A., 2004: 36).

Al reconocer que los niños son sujetos titulares de los mismos derechos que un adulto –estableciendo el goce y ejercicio de todos los derechos, civiles y políticos, económicos, sociales y culturales, además de los derechos especiales por tratarse de un grupo que, por su condición de sujetos en desarrollo, necesita una protección especial– la CIDN representa un nuevo paradigma en la relación de la infancia y la adolescencia respecto al Estado y las instituciones, en su inserción en las estructuras y procedimientos de sus asuntos y de los asuntos públicos, reordenando las relaciones entre el niño, la familia y el Estado.

Una serie de principios generales contenidos en su articulado son reguladores de dichas relaciones desde su entrada en vigencia, los que otorgan los marcos desde los cuales interpretar los derechos que consagra este instrumento jurídico: así, la *protección integral de todos los niños y adolescentes* (art. 1º), el *interés superior del niño y adolescente* (art. 3), y el de *autonomía progresiva* (art. 5), entre otros principios inspiradores, tales como el derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo, no discriminación, de prioridad. Baste decir que los tres primeros que se destacan son fundamentales para el cambio de paradigma: inauguran un cambio respecto de la relación de la infancia-adolescencia con el Estado y las instituciones

(entre ellas, la familia), y establecen un límite a las decisiones que los adultos toman sobre los niños.

La relación de los niños con estas instituciones es operacionalizada por estos principios reguladores, fundamentalmente por medio de dos de ellos, los que insertan a los niños en las estructuras y procedimientos de sus asuntos, convirtiéndolos en *sujetos* de la relación jurídica: el *principio del interés superior* y el *principio de la autonomía progresiva* (Minyersky, N. & Herrera, M., 2006) (Minyersky, N., 2007).

El principio del interés superior del niño surge del art. 3 de la CIDN, el que se transcribe a continuación:

Artículo 3:

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.
2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.
3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

El principio de autonomía progresiva, por su parte, surge del art. 5:

Artículo 5:

Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño, de impartirle, *en consonancia con la evolución de sus facultades*, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención. (Las cursivas son del autor)

Mientras que el *principio del interés superior* del niño, enunciado en el art. 3 de la CIDN, implica una prescripción imperativa hacia las autoridades en lo que concierne a orientar de manera primaria y preferente todas sus medidas en torno a la infancia, fundamentalmente en caso de colisión con otros derechos e intereses, y entraña una directriz para tomar decisiones que se dirijan a promover y proteger los derechos establecidos a favor de la infancia; el *principio de autonomía progresiva* es la afirmación de la condición que permitirá al niño ejercer y defender sus derechos establecidos, en tanto titular de los mismos, “*en consonancia con la evolución de sus facultades*”. Esta afirmación de la voluntad del niño se encuentra relacionado con el principio contenido en el art. 12, mediante el cual se enuncia el derecho del niño a formarse un juicio propio, a expresar su opinión y a ser escuchado.

Estos principios –pilares del paradigma de protección integral– efectivizan el concepto del niño como “titular y portador de derechos y atributos que le son inherentes por su condición de persona, y otros, específicamente por su condición de niños” (Minyersky, N., 2007: 255). A la vez que –utilizados como herramientas para el ejercicio de los demás derechos– ponen de evidencia “la autonomía y la subjetividad del niño y el peso que su opinión puede y debe tener en las decisiones de los adultos” (Baratta, A., 2004: 43), y evidencian de qué manera el nuevo paradigma sobre los derechos de la infancia y la adolescencia impacta en la relación entre el niño y los adultos.

El cambio de paradigma implica no sólo que los niños son titulares de derechos, sino que además deben tener un rol protagónico en la decisión de cómo ejercer y proteger sus derechos, de acuerdo a su autonomía progresiva: la interpretación de estos artículos destaca, por una parte, que los derechos de los niños no son derechos en espera de que éstos alcancen la madurez adulta y puedan ejercerlos, sino plenos derechos que serán ejercidos *de acuerdo a su grado de desarrollo evolutivo* (contrariamente, otorgarle autonomía a un niño sin considerar su nivel evolutivo, implicaría dejarlo en estado de desprotección). Y por otra parte, obliga a los adultos a crear las condiciones necesarias (impartir dirección y orientación apropiadas) para que los niños alcancen su máximo grado de autodeterminación.

Es decir, el principio de autonomía progresiva indica que los niños deben ejercer sus derechos de acuerdo a su edad y grado de madurez, con el acompañamiento de los adultos: el papel de los mayores en la toma de decisiones que involucran la vida de los niños variará gradualmente de acuerdo a la evolución de las facultades del niño. En este sentido, el art. 5 implica que “de manera inversamente proporcional, a medida que los niños adquieren mayor autonomía, menor es la intensidad de la participación de un tercero” (Minyersky & Herrera, 2006:59).

Ahora bien: sostener esto no dejará de afectar el supuesto de la incapacidad presunta que se alega en nuestro régimen legal, civil y penal. Por lo que conviene preguntar **cómo se refleja el principio de autonomía progresiva en la actual legislación.**

Es que esta perspectiva introducida por la CIDN está preñada de una serie de implicancias, que –según el autor entiende– muchas veces no son consideradas: por ejemplo, la de la afectación de la *presunta incapacidad* alegada en la doctrina nacional.

En efecto, el principio de autonomía progresiva de los niños colisiona con la doctrina clásica de la normativa sobre capacidad-incapacidad jurídica de las personas menores de edad, tal como es tratada todavía en la República Argentina a pesar de la incorporación a nivel constitucional de la CIDN y de la sanción de la Ley 26.061 de Protección Integral, que en ambos casos sostienen dicho principio.

En materia civil, los menores de catorce (14) años tienen incapacidad absoluta para ejercer sus derechos:

Artículo 54 CC.- Tienen incapacidad absoluta: 1) Las personas por nacer; 2) *Los menores impúberes*; 3) Los dementes; 4) Los sordomudos que no saben darse a entender por escrito. (Las cursivas son nuestras).

Mientras que los *menores adultos* poseen capacidad relativa, para ejercer sólo aquellos actos que la ley les permite:

Art. 55 CC.- Los menores adultos sólo tienen capacidad para los actos que las leyes les autorizan otorgar.

Asimismo, sostiene que los incapaces pueden ejercer sus derechos a través de sus representantes legales (art. 56), que en el caso de los menores de edad serán sus padres o tutores (art. 57):

Art. 56 CC.- Los incapaces pueden, sin embargo, adquirir derechos o contraer obligaciones por medio de los representantes necesarios que les da la ley.

Art. 57 CC.- Son representantes de los incapaces:

1. De las personas por nacer, sus padres, y a falta o incapacidad de éstos, los curadores que se les nombre;
2. De los menores no emancipados, sus padres o tutores;
3. De los dementes o sordomudos, los curadores que se les nombre.

El nuevo Código Civil (CCC) continúa sosteniendo la doctrina de incapacidad de ejercicio o capacidad relativa en relación a los menores de edad: en la primera parte del art. 26 (CCC) se prescribe:

Artículo 26.- Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad.

La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales.

No obstante, la que cuenta con *edad y grado de madurez suficiente* puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada.

La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona.

Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física.

Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico.

A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo. (Las cursivas son nuestras)

Es decir, establece el principio de la representación legal, en primer lugar (“*La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales*”), si bien en el párrafo siguiente dispone, conforme al principio de autonomía

progresiva, que “No obstante, la que cuenta con *edad y grado de madurez suficiente* puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada”.

Pero para algunos juristas, parece discutible posibilitar que el menor actúe por derecho propio, según se lee en diversos comentarios a la nueva legislación civil (Perrino, J., 2012: 20).

Así, por ejemplo, en el modelo que concibe al niño como *objeto* de protección, el instituto de la *patria potestad* establece que son los progenitores quienes tienen la autoridad de decidir sobre sus hijos menores de edad; cuando, por otra parte, la condición de *sujeto* de derechos no sólo acarrea la de dejar de ser objeto de prácticas y discursos sino que, al darle voz (derecho a ser escuchado) admite una capacidad progresiva de su ejercicio que cuestiona dicha incapacidad alegada.

Incluso ya sancionada la Ley 26.061, y en el marco de una causa en la que se trataba de la tenencia de una niña disputada por sus progenitores, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) formuló una interpretación en la cual no consideró que el régimen de capacidad jurídica deba ser modificado, sosteniendo que las disposiciones del Código Civil que legislan sobre la capacidad de los menores tanto impúberes como adultos no han sido derogadas por la ley 26.061 y no conculcan los estándares internacionales en la materia (CSJN, 2012, voto de los Ministros Lorenzetti y Maqueda):

...las prescripciones de la ley 26.061 deben ser interpretadas y aplicadas en forma integral con arreglo nuestra legislación de fondo. En este sentido, las disposiciones del Código Civil que legislan sobre la capacidad de los menores tanto impúberes como adultos no han sido derogadas por la ley de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. En consecuencia, de acuerdo con este régimen de fondo, los menores impúberes son incapaces absolutos, que no pueden realizar por sí mismos actos jurídicos (art. 54, inc. 2° del Código Civil).

En la primera parte del art. 26 del nuevo CCC, se observa como regla –en su primer párrafo– que el ejercicio de los derechos del niño es a través de sus representantes legales; y, como excepción a la regla, en el segundo párrafo introduce las categorías de edad y grado de madurez para reconocer que, en tales circunstancias, los niños tienen la aptitud de ejercer por sí mismos sus derechos sin necesidad de un representante legal.

En principio, el contenido de la norma es respetuoso de los principios constitucionales y de los derechos humanos de la niñez y, a diferencia del Código Civil aún vigente, el artículo de la reforma es afín a este espíritu al introducir las categorías de *edad y grado de madurez* como excepciones a la representación legal.

Sin embargo, puede observarse que *la regla en el régimen de ejercicio de los derechos del niño no se sitúa en el principio de capacidad o autonomía progresiva, sino que la regla continúa siendo, como lo es en la actualidad, la representación legal*; cuando la representación legal del niño y el adolescente debería actuar como una protección a sus derechos (es decir, cuando los niños no cuentan con el grado de madurez y desarrollo necesario para ejercer ciertos actos o derechos, la actuación por parte de sus representantes legales se introduce como una protección especial del niño sobre esos actos o derechos).

En la práctica, establecer el ejercicio de los derechos por parte de los niños como excepción a la representación legal, **implica interpretar que los niños no cuentan con el grado de madurez y desarrollo necesario para tomar decisiones sobre sus propias vidas.**

En resumen, expresado con palabras de Minyersky y Herrera (2006: 56), si tanto la CIDN como la ley 26.061 implican la inversión del principio de incapacidad que regula el antiguo Código Civil, cuando se considera el régimen vigente y el establecido por el nuevo CCC *no se verifica esta capacidad progresiva como regla de ejercicio de derecho* (y la representación legal como su excepción).

Si este es el estado de la cuestión en materia civil, **en materia penal** permanece intocado el régimen de la incapacidad.

Esta alegada presunta incapacidad se refugia, asimismo, en el régimen penal de menores. Como se vio más arriba, en materia penal y al momento de escribir este estudio, se encuentra vigente todavía a nivel nacional el *Régimen Penal de la Minoridad* (Decreto-Ley 22.278/22.803) aplicable a los adolescentes que al momento de la comisión del hecho que se les imputa aún no han cumplido los 18 años de edad.

Es decir que, por una parte, sigue pendiente la aprobación de una nueva ley penal juvenil que sea alternativa al régimen aún vigente, respetuosa de los derechos y garantías consagrados por la Ley 26.061 y la Constitución Nacional, que permita la aplicación –al adolescente en conflicto con la ley penal– de una normativa jurídica acorde al espíritu de la Convención. Y, por otra parte, dicha nueva ley penal juvenil deberá recoger el principio de la autonomía progresiva de la CIDN, so pena de quedar entrampada en los supuestos de incapacidad que subyacen en las normativas vigentes todavía.

Hacia 2002, en trece años de la CIDN, excepto Argentina, México y Chile, todos los países de América Latina y el Caribe habían abandonado los modelos asistencialistas tutelares previos a la CIDN, y sancionado nuevas legislaciones para regular la condición jurídica de la infancia y de la adolescencia. Hacia 2013, diversos documentos señalan la demora en la instalación de los llamados sistemas de protección integral, y la parcial y lenta implementación de dichos sistemas –en particular de las instancias locales– como se puede observar de la descripción país por país (Véase, por ejemplo, Morlachetti, A., 2013).

Dentro del proceso de adecuación de todo el derecho interno a la CIDN, en la República Argentina brilla por su ausencia la creación de un sistema de respuesta a los delitos cometidos por personas menores de 18 años –sistemas de justicia juvenil– conforme los postulados de la CIDN.

La letra y la práctica de la todavía vigente ley 22.278, sobre la que se instaló el dispositivo penal-tutelar, están reñidos con la Constitución Nacional y la Convención Internacional incluida en ella mediante su art. 75, inc. 22. Como dice M. Beloff (2005), en la Argentina, se combina lo peor de la tradición tutelar con lo peor de la tradición penal: el sistema no protege, sino castiga; y castiga sin garantías ni derechos, porque la intervención estatal sobre menores imputados se justifica sobre la base de argumentos tutelares en lugar de argumentos represivo-sancionatorios propios del derecho liberal.

A sabiendas de que se deja de lado otras perspectivas, como los enfoques de la sociología crítica, la teoría política, las teorías del conflicto o la criminología crítica, de todas maneras es dable sostener –en sintonía con algunos de dichos enfoques– que aquello que subyace al contenido manifiesto de la argumentación que se acaba de revisar, aquello que se escamotea bajo esta abigarrada argumentación jurídica, la aludida “incapacidad de hecho dispuesta en su interés” (González del Solar, 1997: 96), responde no sólo a razones internas (de dogmática penal) sino a otras, exteriores: de política criminal, por ejemplo, más consistentes en su lógica fundadora del dispositivo minoril.

Indudablemente, ello tiene que ver con una historia a lo largo de la cual se fue constituyendo un sujeto y una práctica: una racionalidad histórica que explique la consolidación de este estado *psicológico* de la cuestión. Las contribuciones de autores como Daroqui y Guemureman (1999) ponen en evidencia cómo, durante casi un siglo, se fue construyendo el sujeto llamado «menor» como complemento indispensable de lo que fue un pensamiento y una práctica tutelar hegemónicos, y de una manera tan eficaz que *dicho dispositivo garantizó su reproducción incluso en aquellos discursos y prácticas que suelen cuestionarla*.

Esto último es relevante para la cuestión que se aborda en este trabajo. En efecto, pese al proceso de reforma legislativa que, desde la promulgación de la ley 23.849 (1989), promoviera el cambio del paradigma que desde 1919 instituyó la Ley Nacional 10.903 de Patronato de Menores, así como sus reflejos provinciales (v.g. la Ley 1613 de Patronato de Menores, en la Provincia del Neuquén) y las leyes nacionales que regulan el Régimen Penal de la Minoridad (Leyes 22.278 y 22.803), *tal proceso de reforma parece no poder terminar de arribar a buen puerto*, puesto que en los proyectos de ley alternativos es dable encontrar muchas veces –sea en su letra escrita, sea en espíritu- *la no renuncia a lo tutelar, a la ideología de la “situación irregular” y a la consideración del niño como objeto de intervención*. A la vez, de atender al real estado de la cuestión tal como nos transmiten los operadores de las agencias administrativas y judiciales del sistema, parece excesivamente optimista hablar de cambio de paradigma, cuando el devenir de tal cambio aún no se ha consolidado en los “usos y costumbres de la comunidad”, como señalan De La Iglesia *et al.* (2008):

Cada vez son más las leyes que se adaptan en cada región a los tratados y convenciones internacionales sobre los derechos de la infancia. Estas reglamentan, por ejemplo, que los niños tienen derecho a una alimentación, vivienda, atención médica adecuada, educación, igualdad sin ningún tipo de distinción, a no ser explotados, a no trabajar, etc. Pero en las prácticas cotidianas los postulados en cuanto a los derechos de la infancia no operan como instituidos, sino que en su lugar sobrevive el “paradigma” de la situación irregular.

Es decir, si bien parece haber acuerdo legislativo en la necesidad de sustituir el viejo corpus normativo por otros instrumentos legales acordes a los preceptos de la Convención, sin embargo el objetivo se ha cumplido parcialmente: es decir, la situación de los niños, adolescentes y jóvenes que ingresan a la Justicia de Menores por la vía correccional sigue regida por dicho paradigma legal, antigarantista y vulnerador de derechos humanos, *lo que es visible en el tratamiento penal de la cuestión*. Cabe preguntarse si dichas prácticas cotidianas (los “usos y costumbres” que señalan los autores citados en último lugar) no estarán determinados por ciertas representaciones, creencias o mitos que la comunidad sostiene –incluso su parte

docta– acerca de la infancia; y, además, si entre estas representaciones no reside intocado el estatuto de la incapacidad psíquica del llamado *menor*.

En este trabajo se propone pensar que un núcleo duro de resistencia al cambio reside en la paradoja –señalada acertadamente por García Méndez (1992)– que reside en el hecho de que la percepción jurídica del universo infancia-adolescencia como sujeto pleno de derechos parece no poder desprenderse de una práctica judicial que “no sabe, no quiere, o no puede, amparar a los sectores más débiles de la sociedad, *sin una previa declaración de incapacidad jurídica y social...*”.

En el siguiente capítulo se examinará el estado del conocimiento alcanzado por la psicología del desarrollo, en lo atinente a la aludida *capacidad de comprensión y valoración ético-social* (en términos de Frías Caballero, 1981: 32) que, por un supuesto insuficiente desarrollo, no le es acreditada al menor no obstante la afirmación del principio de autonomía progresiva.

CAPÍTULO 4

Elementos de la Psicología del Desarrollo

Justificación de la Psicología del Desarrollo Dos concepciones sobre desarrollo moral. El modelo estructural-evolutivo del desarrollo moral: Aportes de Piaget y Kohlberg. Orientación moral centrada en la noción de justicia como equidad. Empleo del método clínico. Descripción de los estadios morales. Contestación a Kohlberg. Debates actuales de la cuestión. Gilligan y la ética del cuidado y la responsabilidad. Práctica ausencia de la teoría del desarrollo moral aplicada a la psicología jurídica. Utilidad para objetivar la capacidad de juicio moral. Aporte de la teoría psicoanalítica sobre la conciencia moral como función judicial. Constitución del sujeto. Asentimiento subjetivo. Culpa como marca de la ley. Modos de referencia de la personalidad al universo normativo. El caso de la psicopatía.

La literatura más fecunda sobre el tema se agrupa bajo el marbete de la psicología del desarrollo. Ello es así *no sólo* porque la naturaleza del tema en cuestión –con su énfasis puesto en la dimensión temporal– imponga el punto de vista evolutivo, ni porque se haya decidido tratar el tema desde un marco teórico elegido *a priori* descartando otras alternativas. En efecto, en la revisión bibliográfica realizada, los autores reseñados acentúan la perspectiva del cambio y la transformación, a excepción de la teoría psicoanalítica, que “constituye una teoría con una clara independencia de métodos y planteamientos” (Martí Sala, E., 1991: 27).

Ahora bien, a la vez es un hecho reconocido el estado de fragmentación de la psicología evolutiva y la ausencia de teorías integradoras. Ello lleva a identificar, dentro de las teorías del desarrollo psíquico, a las elaboraciones de Freud, Piaget y Vigotski como aquellas que mejor han alcanzado a constituir sistemas teóricos coherentes y unificados (Martí Sala, E., 1991: 14), teorías que –según ciertas pretensiones epistemológicas unificadoras– son complementarias en la medida que cada uno de estos autores enfatizan en una dimensión diferente del desarrollo (las dimensiones afectiva, sociocultural y cognitiva, respectivamente).

Se ha, pues, abrevado en dichos autores. Y como toda elección implica un descarte, se dejan de lado aquellos sistemas teóricos menos generales, como las perspectivas del ciclo vital y los modelos ecológicos, las que, o bien constituyen propuestas teóricas muy diversificadas, o bien no han fructificado en nuevos estudios teóricos y/o experimentales que renovarían el tratamiento del tema moral. Por la misma razón, de la trilogía señalada en el párrafo anterior, no se considera aquí el enfoque socio-histórico de Vigotski, puesto que resultó difícil encontrar una originalidad en el tratamiento del desarrollo moral que la distinguiera de lo que son los supuestos *durkheimianos* sobre los orígenes de la moral.

En lo que concierne, pues, a los recientes desarrollos en Psicología, son admisibles dos concepciones claramente diferenciadas sobre el *desarrollo moral* (Marchesi, A., 1995: 351):

- Por un lado, aquellas concepciones que entienden el desarrollo del sujeto moral como un *proceso de internalización de normas y prohibiciones*

socialmente sancionadas (dicho rápidamente, como un proceso de *socialización*).

- Por el otro, la posición *constructivista* que concibe dicho desarrollo como *la elaboración de juicios universales sobre lo bueno y lo malo*, en un dominio progresivo de formas de pensamiento que compromete básicamente al desarrollo psicológico de las funciones superiores.

Dentro del primer agrupamiento, Marchesi incluye a los neo-conductistas (Sears y Levin), a los teóricos del aprendizaje social (Bandura y McDonald) y, también, a las formulaciones psicoanalíticas “que consideran que el niño va haciendo suyas progresivamente a través de las influencias de los padres las normas vividas en sus primeros años como impuestas por la autoridad externa”. El «superego» freudiano representa este cambio del control por los otros al autocontrol.” (Marchesi, A., 1995). Es decir, se trata de un grupo de teorías que entenderían a la formación moral como un proceso de socialización, mediante el cual los individuos reciben de la sociedad la normativa y el sistema de valoraciones vigentes.

Los autores que plantean esta perspectiva entienden que dicha socialización tiene lugar mediante mecanismos de adaptación *heterónoma* a las normas sociales: de manera ejemplar, la educación en su sentido amplio. Se tratan de mecanismos que intervendrían de una manera u otra para insertar a los individuos a la colectividad a la que pertenecen, por lo que estas teorías podrían ser adscriptas a lo que Puig Rovira (1996) llama la **posición sociologista**. Según se desprende de lo postulado por los autores de este primer agrupamiento, el papel del sujeto en este proceso queda soslayado, concibiéndose su rol como totalmente pasivo, y no teniendo otra responsabilidad que hacer suyas las influencias que desde el exterior se le imponen, sin que intervenga decisivamente su conciencia y su voluntad en la aceptación, rechazo o modificación de las prescripciones morales de las que es destinatario.

En cambio, según el enfoque que ha sido dado en llamar **constructivista o estructural-evolutivo**, la constitución del sujeto moral no se trataría de un proceso de internalización –como sostienen los conductistas y psicoanalistas– “sino más bien la adquisición de *principios autónomos* de justicia, fruto de la cooperación social, del respeto a los derechos de los otros y de la solidaridad entre los niños” (Marchesi, A., 1995: 352; las cursivas son nuestras). Tal es el modelo constructivo iniciado por Piaget (1932) y ampliado posteriormente por Kohlberg (1958), a quienes puede agregarse como ilustre precedente John Dewey, filósofo y pedagogo estadounidense, quien según Puig Rovira, habría sido el primero en formular las tesis básicas del enfoque cognitivo-evolutivo. Cada uno de estos autores (basados en la idea de un desarrollo de formas progresivas de razonamiento que conducen al sujeto a juicios cada vez más valiosos, *en una progresión de carácter universal no condicionada por los valores concretos de cada cultura particular*) describe las formas del desarrollo moral retomando las anteriores aportaciones, desde los tres niveles descritos por Dewey (preconvencional, convencional y autónomo) a los seis estadios formulados por Kohlberg, pasando por la descripción piagetiana del pasaje desde el nivel heterónomo al nivel *autónomo* del desarrollo moral.

Es decir que el marco teórico de un estudio sobre la ya mencionada **capacidad de comprender la norma** (que, como se ha dicho anteriormente, no se trata sólo del saber puramente intelectual, sino fundamentalmente una valoración del contenido interno de una conducta desde una perspectiva *ético-social*) debe referirse

necesariamente a algunas de estas teorías psicológicas, las que son a su vez tributarias de uno u otro enfoque.

En ambos casos, se trata empero de responder a la pregunta acerca de cuál es el lugar del “factor social” en el proceso de adquisición del conocimiento moral convencional, sea enfatizando en la influencia de los factores externos (enfoque sociológico o teorías de la socialización) o sea enfatizando en la labor del propio sujeto (teorías constructivistas o enfoque estructural-evolutivo).

Bajo el rótulo de *conocimiento social* se estudian tres tipos de problemas: 1) el conocimiento (psicológico) de uno mismo y de los demás (“*social cognition*”); 2) el conocimiento moral y convencional; y 3) el conocimiento de las instituciones, lo propiamente social (Delval, Juan, 1994). Una presentación de las corrientes teóricas sobre el juicio moral implica necesariamente un paso por la psicología social norteamericana o anglosajona, de orientación cognitiva. El *role-taking* (es decir, la capacidad de *situarse en la perspectiva del otro*) sigue siendo quizá el constructo más importante, y dio lugar en los EEUU a la llamada “*Social Cognition*”, que plantea que los cambios en la conducta están determinados por las representaciones de la realidad que los sujetos van construyendo, y en los que la capacidad para ponerse en el punto de vista del otro (*role taking*) está en la base del establecimiento de las relaciones con los semejantes, en oposición al egocentrismo.

Los estudios sobre la habilidad para comprender el punto de vista de los otros tiene su origen en las obras de Mead, de Werner y de Piaget, siendo éste último el más influyente: aunque no se haya encontrado referencia explícita en sus libros a la noción de *social perspective taking*, conceptos como egocentrismo, centración y descentración, están estrechamente relacionados con el de *role-taking*.

Así, el egocentrismo del período pre-operatorio se refiere a la etapa del pensamiento infantil en la que el yo se confunde con el no-yo, en la que el niño toma su percepción inmediata como absoluta sin comprender el punto de vista de los otros. La centración supone tomar en consideración un solo aspecto de la realidad, no siendo capaz de coordinar ni compensar las diferentes perspectivas y dimensiones de un objeto.

Los cambios que se producen en los niños para comprender distintas perspectivas fueron analizados por Piaget e Inhelder (1955) en su trabajo sobre la representación del espacio (por ej., la prueba de las tres montañas). Desde entonces, se publican numerosos trabajos sobre cómo los niños se desenvuelven en la coordinación de perspectivas sociales. Ante la pregunta de qué significa exactamente *situarse en la perspectiva social de los otros (role taking)*, la respuesta ofrecida por Higgins (1981) da tres dimensiones:

- Habilidad para comprender que los otros tienen también puntos de vista sobre los sucesos y ser capaz de realizar inferencias y de anticipar lo que los demás pueden pensar o sentir.
- Habilidad para relacionar dos o más elementos (coincidentemente con la noción piagetiana de centración-descentración).
- Habilidad para controlar y relativizar el propio punto de vista cuando se debe tener en cuenta el punto de vista de los demás (egocentrismo-no egocentrismo).

La adopción de roles o perspectivas sociales es también una capacidad evolutiva y sigue una secuencia de desarrollo o estadios descrita por autores como Robert

Selman (1980), colaborador de Kohlberg y de quien éste tomó la noción de *toma de perspectiva* para su construcción estructural de los estadios, aunque en un sentido más específico, puesto que Kohlberg utiliza la noción de *perspectiva sociomoral*, referida al punto de vista que adopta el individuo al definir los hechos sociales y los valores o deberes sociomorales.

La psicología francófona –más allá de las obligadas referencias a Piaget y a Kohlberg en los manuales de psicología del desarrollo– está demasiado poco interesada actualmente en las teorías del juicio moral (Bègue, L., 1998). Por su parte, la psicología hispanoparlante se limita a hacer suyas las teorías provenientes del medio anglosajón y a replicar estudios. Siguiendo a Bègue, puede plantearse que hay seis modelos teóricos principales: el llamado *paradigma constructivista* (Kohlberg), actualizado hoy en la controversia acerca de las diferencias sexuales en el juicio moral (Gilligan); las *teorías de la socialización*, incluyendo la teoría del aprendizaje social (Bandura) y la internalización de los valores (Hoffman); por último, las aproximaciones *dialéctica* (Hogan) y *taxonómica* (Forsyth).

La aproximación de este trabajo al tema impone un recorte, presentando los ejes teóricos de los dos modelos coexistentes más importantes por su aporte: el *constructivista* (con énfasis en las teorías desarrolladas por sus precursores, Piaget y Kohlberg) y, dentro del modelo de la *socialización*, los elementos de una teoría psicoanalítica que aportan a una teoría del juicio moral. Es decir, dos de las teorías que hoy son actuales y que mejor explican el fenómeno moral:

- 1) En primer lugar, en el orden de exposición, la perspectiva *constructivista o estructural-evolutiva*, que funda la noción de **desarrollo moral** tal como la abordan hoy inclusive las tesis cognitivas. Hay que decir que en la Psicología del Desarrollo Moral son éstas, las tesis estructuralistas, las que definieron tanto las coordenadas constituyentes de este campo como la metodología de abordaje. Y, como en otros campos de la Psicología Evolutiva, la conceptualización de lo cognitivo, la concepción del desarrollo mismo y la noción de estadio, le deben todo (o casi todo) a las concepciones piagetianas.
- 2) En segundo término, la *teoría psicoanalítica*. Hay razones para pensar que la teoría freudiana es la que mejor ciñe el origen de lo moral, al ubicar cierta hiancia o abertura que resulta de plantear al sujeto como escindido, y en la que la noción de *ley* –en el sentido más estrictamente psicoanalítico– ocupa un lugar central, al destacar la función constituyente de la prohibición del incesto. En este empeño, es necesario recuperar una noción descuidada: la de **conciencia moral**. Es ésta una noción que cabe rescatar para la teoría psicoanalítica –por razones que se verán desarrolladas en el transcurso del presente trabajo–.

4.1. EL MODELO ESTRUCTURAL DEL DESARROLLO MORAL. PIAGET, KOHLBERG, *et al.*

Según lo plantea Yáñez Canal en apretada síntesis:

En la Psicología del desarrollo moral las tesis estructuralistas marcaron tanto la constitución de este campo de estudio como la metodología y las

concepciones para comprender el abordaje psicológico del problema moral. Al igual que en otros campos de la Psicología, en los estudios sobre los juicios éticos la conceptualización de lo cognitivo, del desarrollo y de la noción de progreso presentan una gran influencia de las concepciones piagetianas. La concepción de *estadios* separados por cualidades *estructurales*, el desarrollo entendido como un proceso hacia formas cada vez más abstractas e indiferentes a las “particularidades de los contextos”, la equiparación de la autonomía con procesos formales de razonamiento y el entender el desarrollo como un proceso de autoconciencia y poder de anticipación, son algunas de las premisas fundamentales que caracterizan todo abordaje estructuralista en la Psicología. A pesar de ser Piaget el primero que bajo esta concepción estructuralista abordó la temática de lo moral en el desarrollo psicológico, es con Kohlberg que la perspectiva estructural colonizó el campo del desarrollo moral (Yáñez Canal, J., 2004).

Se impone, pues, un recorrido por estas principales teorías dentro del modelo estructural.

A. La teoría de J. Piaget

Para Piaget, interesado en los procesos del *conocer*, es decir, en el pasaje de un estado de menor conocimiento a otro estado de mayor conocimiento, la edificación de una epistemología de base biológica fue una obra que requirió del estudio del *desarrollo* psicológico. La psicología genética que surge de esta empresa no ha tomado al estudio del niño como un fin en sí mismo, sino que abordó el origen y desarrollo de la inteligencia en el niño para alcanzar un fin más vasto: *la formación de una epistemología que diera cuenta de la formación y significado del conocimiento, y de los medios por los cuales la mente humana avanza desde un nivel de menor complejidad a otro de mayor complejidad*, apoyándose en una sólida base empírica proporcionada por la psicología científica y reformulando el problema gnoseológico en término de génesis y de transformación.

Es sabido que desde su temprana adolescencia Piaget se interesó por el problema del conocimiento, pero ya iniciado en las obras filosóficas (Kant, Comte, W. James, Durkheim) no tarda en echar en falta la ausencia de una *explicación* del conocimiento sobre bases científicas.² Conjuga sus estudios filosóficos con las ciencias naturales –como la zoología y la embriología– así como con la física y las matemáticas. Se traslada desde su Neuchâtel natal, donde había cursado sus estudios universitarios en la Facultad de Ciencias, al laboratorio de Psicología de Zurich, donde entra en contacto con las teorías psicoanalíticas, se inicia en la entrevista de enfermos psiquiátricos utilizando el *método clínico* y estudia psicopatología durante dos años en La Sorbona (París). Adquiere la convicción de que sólo el estudio del psiquismo, de las funciones mentales por su modo de formación en el proceso ontogenético –en una secuencia de desarrollo que pasa “desde los estados de menor conocimiento a los estados de conocimiento más avanzado”– permitirá conocer las leyes que rigen al conocimiento en general: así, el

² Para un esbozo biográfico, véase: Martí Sala, E. (1991), Cap. 6: “La teoría psicogenética de Piaget: La construcción individual del conocimiento”.

estudio del pensamiento infantil era el medio para construir una epistemología de base científica (Piaget, J., 1979).

Interesado como estaba en los *procesos de razonamiento* antes que en los rendimientos intelectuales, Piaget abandonó pronto las pruebas estandarizadas (*tests*), más aptas para medir el desempeño del sujeto, y buscó en el método clínico el formato más adecuado para discernir la forma bajo la que los niños llegan a resolver los problemas de razonamiento. Esta elección significó dejar de lado tanto la observación pura, que utilizó en un primer acercamiento al pensamiento infantil, como el cuestionario prefijado de las escalas de inteligencia, en boga desde Binet. Cuando Simon, colaborador de Binet, le propone la aplicación de unas escalas de inteligencia, Piaget se interesa más por los errores cometidos por los niños –que aborda prolongando las entrevistas, más allá de la mera administración de las pruebas– que por los resultados exitosos que se trataba de medir. Cabría interrogarse aquí hasta qué punto su aproximación tangencial a la teoría psicoanalítica orientó su atención sobre el tema del error.

Desde 1921 a 1925, ya en Ginebra, ciudad en la que residirá la mayor parte de su vida, realiza una serie de investigaciones acerca del papel de algunos factores, como medio social y lenguaje, en el desarrollo de la inteligencia. De este período surgen *El lenguaje y el pensamiento en el niño* (1924), *La representación del mundo en el niño* (1926) y *La causalidad física en el niño* (1927). La utilización del *método clínico* en este período reconoce las limitaciones de utilizar el lenguaje y el pensamiento explícito, sin reconocer todavía el papel de la acción. Es así que el método fue experimentando transformaciones, no tanto en función del perfeccionamiento de la herramienta, sino en cuanto a la naturaleza de las cuestiones que indagaba, sin dejar de ser, como señala Ana María Kaufman, “básicamente una conversación con el sujeto” (Kaufman, en: Castorina J. A., *et al.*, 1984). En este diálogo subyace siempre una hipótesis a confirmar o descartar, que guiará el interrogatorio, sin perder su modalidad *crítica* (crítica por la actitud que sostiene el entrevistador de poner en tela de juicio tanto los dichos del entrevistado, para evaluar la solidez del saber en juego que los sostiene, como las propias hipótesis que se va formando de lo manifestado por el sujeto, según la marcha de la entrevista y en una búsqueda permanente de caminos de verificación alternativos).

Esta misma autora considera que este método es una apropiación que hace Piaget del arsenal psiquiátrico; pero es posible pensar que Piaget, quien se analizó durante casi un año con Sabina Spielrein en Ginebra, que figuró él mismo como “psicoanalista” integrante del padrón de la Sociedad suiza durante varios años, y que en repetidas ocasiones reconoció el aporte del psicoanálisis (entre otras contribuciones, el punto de vista psicodinámico), no desconoció la innovación metodológica proporcionada por Sigmund Freud (aunque lamentaba su insuficiente carácter experimental).

El método clínico se caracteriza por la *libertad* en que deja al paciente de seguir espontáneamente el curso de sus producciones psíquicas. Tanto en Freud como en Piaget, el método clínico es una conquista alcanzada luego de descartar técnicas ineficaces para el objetivo de conocimiento propuesto: la sugestión y la introspección corriente en el primer caso, las pruebas estandarizadas aportadas por el método experimental, en el segundo. En ambos casos, libertad debe entenderse no como indeterminación psíquica, sino como una regla *sine qua non* impuesta por el entrevistador, para favorecer la expresión espontánea de los contenidos psíquicos

del sujeto, lo que permite al investigador la intelección de las leyes y lógica que subyacen tras las operaciones mentales.

En el caso del psicoanálisis, la regla de la asociación libre –y la situación transferencial que se instituye a partir de ésta– le impone al analista, de manera simétrica, la abstinencia de procurarle al paciente satisfacciones sustitutivas paliativas de las frustraciones que lo enfermaron de neurosis, inclusive mediante una abstención del juicio, que llega al punto de una despersonalización del analista y que inhibe toda tentación por intervenir de manera “moral” con el paciente usando la sugestión o la persuasión.

El caso de la psicología genética no es tan radical: el interrogador orienta de algún modo el interrogatorio, en la medida en que el punto de partida lo otorga cierta idea previa o hipótesis que opera como estímulo, aunque es a su vez dirigido por las respuestas del sujeto; el entrevistador provoca con su pregunta, sin determinar ni inducir, las respuestas del sujeto a fin de verificar o reformular la hipótesis en juego, pero siempre centrando el punto de mira en la perspectiva del sujeto entrevistado. De alguna forma, Piaget restringe el método elaborado por Freud y otros clínicos: mientras éstos usaban el método clínico para permitir la mayor libertad en el fluir del pensamiento, Piaget lo adoptó para proponer al niño problemas específicos cuya resolución observaba atentamente, haciendo preguntas para ver cómo el niño justificaba su acción, y atento al tipo de razonamiento que guiaba los pasos que ejecutaba éste.

La descripción que Piaget hace del desarrollo de la inteligencia en la infancia, dispersa en decenas de libros y artículos, se reúne en tres obras centrales: *El nacimiento de la inteligencia en el niño* (1936), *La construcción de lo real en el niño* (1937) y *La formación del símbolo en el niño* (1946); las que abarcan el estadio sensoriomotor, la construcción de las categorías de objeto, espacio, tiempo y causalidad, y el desarrollo de la función semiótica o simbólica. Dichas tres obras son posteriores a la que elabora sobre el desarrollo moral, e insisten en la perspectiva abierta por sus primeros estudios sobre el pensamiento del niño en la década del `20: primero, las diferencias en el modo de razonamiento de los niños se relacionan con la edad –es decir, a distintas edades corresponden distintas *formas* de razonamiento–; y segundo, dicha diferencia no obedece a la simple acumulación de conocimiento sino que responde a *estadios de desarrollo*.

La inteligencia deriva de la acción. Es el postulado piagetiano que se desprende de estas obras, y que refuta a todos los empirismos, incluso en sus variantes asociacionistas: las teorías conductistas del aprendizaje. Respecto de este asunto en particular, puede ampliarse el punto de vista piagetiano en su capítulo titulado “El mito del origen sensorial del conocimiento científico” (Piaget, J., 1970).

Pero el hecho esencial que refuta estas supervivencias del empirismo asociacionista y cuyo establecimiento ha renovado nuestras concepciones de la inteligencia, es que los conocimientos derivan de la acción, no como simples respuestas asociativas, sino en un sentido mucho más profundo: la asimilación de lo real a las coordinaciones necesarias y generales de la acción (Piaget, J., 1969: 38).

El desarrollo psíquico es definido, por comparación con el crecimiento orgánico, como una *marcha hacia el equilibrio*: “El desarrollo es, por lo tanto, en cierto modo una progresiva equilibración, un perpetuo pasar de un estado de menor equilibrio a un estado de equilibrio superior” (Piaget, J., 1964: 11). La perspectiva biológica

subyace en la base de una teoría para la cual la inteligencia tiene una función de adaptación equivalente al de los procesos fisiológicos: en ambos casos, dicha función de adaptación opera a través de dos mecanismos, la *asimilación* y la *acomodación*. De esta manera, para Piaget:

toda acción —es decir, todo movimiento, todo pensamiento o todo sentimiento— responde a una necesidad (...). Ahora bien, como ha indicado Claparède, una necesidad es siempre la manifestación de un desequilibrio: existe necesidad cuando algo, fuera de nosotros o en nosotros (en nuestro organismo físico o mental) ha cambiado, de tal manera que se impone un reajuste de la conducta en función de esa transformación. Por ejemplo, el hambre o la fatiga provocarán la búsqueda del alimento o del descanso; el encuentro con un objeto exterior desencadenará la necesidad de jugar, su utilización con fines prácticos, o suscitará una pregunta, un problema teórico; una palabra ajena excitará la necesidad de imitar, de simpatizar, o dará origen a la reserva y la oposición porque habrá entrado en conflicto con tal o cual tendencia nuestra. Por el contrario, la acción termina en cuanto las necesidades están satisfechas, es decir, desde el momento en que el equilibrio ha sido restablecido entre el hecho nuevo que ha desencadenado la necesidad y nuestra organización mental tal y como se presentaba antes de que aquél interviniera (Piaget, J., 1964: 16).

Para Piaget, entonces, la acción humana no es otra cosa que un mecanismo continuo y perpetuo de reajuste o equilibración. Las formas sucesivas de este equilibrio constituyen las *estructuras*, que caracterizan al aspecto cognoscitivo de la conducta, y que son “formas de organización de la actividad mental” (Piaget, J., 1964: 14) que hay que distinguir de un funcionamiento *constante* a lo largo del ciclo vital: en efecto, ya se trate de los esquemas de acción elementales propios de la inteligencia sensoriomotora o práctica, o de las acciones *interiorizadas* y *reversibles* que dan lugar a las operaciones concretas primero y formales después, desde el punto de vista funcional existen mecanismos constantes comunes a todos los *estadios* del desarrollo: la acción, por ejemplo, supone siempre un interés que la desencadena, la inteligencia siempre trata de comprender o explicar, etc.

Es decir que el pensamiento (inclusive la inteligencia prelingüística del estadio sensoriomotor) está dirigido por *estructuras cuya existencia ignora*, pero que determinan lo que es capaz de hacer (es decir, la extensión y límites de su capacidad de resolución de problemas) y lo que está obligado a hacer (las relaciones lógicas necesarias que se le imponen a su pensamiento). Y el carácter *operatorio* de la inteligencia, que deviene de su derivación de la acción motora, implica que incluso en sus manifestaciones más avanzadas, la inteligencia consiste en ejecutar y coordinar acciones —en el último caso, en forma interiorizada y reflexiva—.

Las funciones esenciales de la inteligencia consisten en comprender e inventar. Dicho de otra manera: en construir estructuras, estructurando lo real. (...) estas dos funciones son indisolubles, ya que para comprender un fenómeno o un acontecimiento, hay que reconstruir las transformaciones de las que son el resultado, y para reconstruirlas hay que haber elaborado una estructura de transformaciones, lo que supone una parte de invención o reinención (Piaget, J., 1969: 37).

El desarrollo cognitivo de las operaciones intelectuales más avanzadas –esa “marcha hacia el equilibrio”– admite su descripción en términos de tres *estadios* de diferente complejidad estructural, que se corresponden con momentos de equilibrio que pueden caracterizarse o formularse por una *estructura de conjunto*, descriptible mediante un modelo lógico-matemático (Piaget, J., 1943; Marchesi, Palacios, Carretero, 1985: 209): el *estadio sensoriomotor* o de la inteligencia práctica, el *estadio de las operaciones concretas* y el *estadio de las operaciones formales*. Les corresponde, respectivamente, las estructuras matemáticas de grupo, de agrupamiento, y de grupo y retículo. Una extensa etapa de preparación se intercala entre el estadio sensoriomotor y el operatorio concreto: el *período preoperatorio*, que descriptivamente suele ser intercalada como un cuarto estadio (segundo en el orden de sucesión), pero que en rigor no es un estadio independiente al no poseer una estructura de conjunto que lo caracterice. Se trata de un desarrollo *continuo* que va desde las acciones reflejas iniciales –devenidas luego esquemas de hábitos motores y conducta intencional– a las operaciones mentales más abstractas.

Se verá, sucintamente, cómo describe Piaget dichos estadios:

1. *Estadio sensoriomotor*, o de la inteligencia práctica: Comprende el lapso temporal que va desde el nacimiento hasta alrededor de los dos años, y en el que la inteligencia prelingüística se desarrolla a partir de los reflejos innatos del lactante, que le otorgan a este período un carácter marcado por las capacidades sensoriales y motoras. Para Piaget, la inteligencia aparece mucho antes que el lenguaje: desde el ejercicio de acciones reflejas disponibles por la dotación genética del sujeto, pasando por los primeros hábitos y percepciones organizadas, hasta llegar a la conducta voluntaria basada en la coordinación de medios y fines y a la invención representativa de nuevas coordinaciones. Vemos, entonces, la construcción progresiva de una inteligencia práctica aplicada a la manipulación de los objetos mediante la coordinación de percepciones y movimientos en “esquemas de acción”, lo que permite así una asimilación sensorio-motriz de lo real que se adelanta en mucho a la asimilación mediante las nociones y el pensamiento. El progreso de este estadio constituye un auténtico “giro copernicano”, tal como lo designa Piaget: el que va desde una posición inicial del sujeto frente a las cosas, de un egocentrismo “inconsciente e integral” precisamente porque no tiene conciencia de sí mismo (no existe la diferenciación entre el yo y el mundo, y las impresiones sensoriales no están ligadas a una conciencia personal vivida como un “yo” ni a unos objetos concebidos como “externos”), a una posición en la que el sujeto puede experimentarse como un objeto entre otros que constituyen el universo objetivo. Son los progresos de la inteligencia práctica los que permiten la construcción de este universo objetivo, definido por las categorías prácticas de *objeto*, *espacio*, *causalidad* y *tiempo*; categorías prácticas, es decir, de acción pura –y no todavía nociones de pensamiento– que son alcanzadas con la ejercitación de los reflejos, de los esquemas y su coordinación, así como con la experimentación activa de las nuevas coordinaciones.

2. *Período preoperatorio* (o subestadio preparatorio de las operaciones concretas): Comprende desde los dos hasta los siete años, y se caracteriza por el afianzamiento de la función semiótica a partir de la interiorización de los esquemas de acción (lenguaje, representación, juego simbólico, imitación diferida) que permite al niño, entre otras capacidades, la representación interna de actos externos mediante significantes diferenciados (signos, símbolos, imágenes y conceptos). El

inicio de la capacidad de representación significa un salto cualitativo que le permite al sujeto liberarse del aquí y ahora de la inteligencia sensoriomotora. Se trata del inicio de un cambio a nivel *estructural*, pero que implica continuidad a nivel *funcional*: los mismos mecanismos de asimilación y acomodación intervienen ahora no ya sobre esquemas de acción sino sobre esquemas representativos, aunque tal logro habrá de necesitar de unos cinco años para consolidarse con las operaciones concretas. Gracias al lenguaje, se produce una modificación radical de los comportamientos, tanto en su aspecto intelectual como en el afectivo; y el niño adquiere:

...la capacidad de reconstruir sus acciones pasadas en forma de relato y de anticipar sus acciones futuras mediante la representación verbal. Ello tiene tres consecuencias esenciales para el desarrollo mental: un intercambio posible entre individuos, es decir, el inicio de la socialización de la acción; una interiorización de la palabra, es decir, la aparición del pensamiento propiamente dicho, que tiene como soportes el lenguaje interior y el sistema de los signos; y, por último, y sobre todo, una interiorización de la acción como tal, la cual, de puramente perceptiva y motriz que era hasta ese momento, puede ahora reconstruirse en el plano intuitivo de las imágenes y de las experiencias mentales (Piaget, J., 1964: 31).

Desde el punto de vista afectivo, la aparición del lenguaje permite el surgimiento de una relación interindividual bajo otro régimen de intercambio, lo que trae consigo una serie de transformaciones paralelas: desarrollo de los sentimientos mutuos (simpatías y antipatías, respeto, etc.) y de una afectividad interior que se organiza de forma más estable que durante los primeros estadios. Por una parte, la comunicación basada en el lenguaje representa un progreso de la acción que, en la medida en que posibilite formular la acción propia y evocar la experiencia pasada, transforma la conducta material en pensamiento. Por otra parte, el niño deviene consciente de la relación asimétrica “de subordinación y de presión espiritual” (Piaget, J., 1964: 34) que mantiene con sus padres y adultos, y un nuevo universo de reglas y obediencia comienza a imponérsele, determinando así una posición de sumisión intelectual y afectiva gracias a esa “presión espiritual” ejercida por el adulto.

Lenguaje y socialización determinan pues, según Piaget, el surgimiento del pensamiento propiamente dicho, y por consiguiente la transformación de la inteligencia que, de ser eminentemente práctica (sensorio-motriz) pasa a ser representacional, lo que permite no sólo el relato de sus actos, sino la evocación de la experiencia pasada y la anticipación de las consecuencias de su comportamiento, sustituyendo a éste por palabras y representaciones mentales. Ahora bien, la forma de pensamiento más avanzada y adaptada a lo real que se alcanza en este período es la que corresponde al *pensamiento intuitivo*: la *intuición* se corresponde todavía con un momento pre-lógico del desarrollo del niño o mejor, en términos de Piaget, a una lógica de la primera infancia: “se trata en cierto modo de la experiencia y la coordinación sensorio-motrices propiamente dichas, aunque reconstruidas o anticipadas merced a la representación” (Piaget, J., 1964: 41). Es decir, las intuiciones son esquemas sensorio-motores traspuestos en representaciones, y la forma superior de equilibrio que alcanza el pensamiento en la primera infancia.

Este pensamiento pre-lógico tiene un carácter todavía marcadamente egocéntrico al principio de este período. Egocentrismo que nada tiene de hipertrofia narcisista del yo, sino que está dado por una inicial indisociación o confusión entre el mundo

interior o subjetivo y el universo físico, determinada por la asimilación de lo real a las coordinaciones de la acción.

Los rasgos espontáneos del pensamiento del niño pequeño, característicos de su representación del mundo son: el *finalismo*, el *animismo* y el *artificialismo*. El finalismo caracteriza la indagación –a la vez causal y finalista– del “por qué” de las cosas que se propone averiguar el niño, de manera tal que cada cosa pareciera deber tener una razón de ser, la que pasa por estar “hecho para” el hombre y el niño; el animismo infantil es la tendencia a concebir las cosas como vivas y dotadas de intención, en principio al menos las cosas dotadas de actividad y movimiento; y el artificialismo es la creencia de que las cosas naturales han sido construidas por el hombre o por una actividad divina análoga al quehacer humano. Características estas que denotan el marcado egocentrismo del pensamiento en este momento, sea porque los esquemas prácticos del sensorio-motor fueron transferidos sin más al nuevo plano representacional, sea por una asimilación de las cosas a la propia actividad infantil:

Consisten todas ellas en una asimilación deformadora de la realidad a la actividad propia: los movimientos están dirigidos a un objetivo, porque los movimientos propios así están orientados; la fuerza es activa y sustancial porque así es la fuerza muscular; la realidad es animada y viva, las leyes naturales se equiparan a la obediencia, en una palabra, todo está calcado sobre el modelo del yo (Piaget, J., 1964: 47).

De todas maneras, las acciones interiorizadas de este período –si bien son procesos de transformaciones– no son todavía propiamente *operaciones* lógicas y matemáticas (motor de todo juicio o de todo razonamiento): carecen del doble carácter de ser *reversibles* (es decir, no comporta la acción recíproca o inversa que desanda el proceso realizado) y de integrarse en una *estructura de conjunto*. Deberán, para transformarse en operaciones, prolongar en ambos sentidos la acción ya conocida para convertirlas en móviles y reversibles.

Sin operaciones el niño no llega, en el curso de este segundo período, a constituir las nociones más elementales de conservación, condiciones de la deductibilidad lógica. Así, se imagina que una decena de fichas alineadas suman un número mayor cuando están separadas; que una colección dividida en dos aumenta en cantidad en relación al todo inicial; que una línea recta, una vez quebrada, representa un camino más largo; que la distancia entre A y B no es necesariamente la misma que entre B y A (sobre todo en pendiente); que la cantidad de líquido que hay en un vaso A crece si se echa el líquido en un vaso B más delgado, etc. (Piaget, J., 1969: 42).

3. *Estadio operatorio concreto*: comprende la infancia desde los siete a once o doce años. La interiorización de las acciones iniciada en el período pre-operatorio supone una reconstrucción mental que, progresiva y continuamente, alcanza mayor descentralización y, por medio de dos formas de coordinación (inversiones y reciprocidades), se va alejando del egocentrismo y se aproxima a la reversibilidad operatoria. Es el estadio de la aparición de la lógica y de los sentimientos morales y sociales de cooperación (Piaget, J., 1964: 15), en el que los problemas presentados en la cita del párrafo anterior son resueltos fácilmente “por las interiorizaciones, coordinaciones y descentralizaciones crecientes que conducen a la forma general de equilibrio que constituye la reversibilidad operatoria (inversiones y reciprocidades).”

En otros términos, asistimos a la formación de operaciones: reuniones y disociaciones de clases, origen de la clasificación; encadenamiento de relaciones $A < B < C...$, origen de la seriación; correspondencias, origen de las tablas con doble entrada, etc.; síntesis de las inclusiones de clases y del orden serial, lo que da lugar a los números; separaciones espaciales y desplazamientos ordenados, de donde surge su síntesis que es la medida, etc. (Piaget, J., 1969: 42-3).

El doble límite de este estadio consiste, por una parte, en el hecho de que, próximo todavía a la acción de la que deriva, su operatividad se restringe a la manipulación de material tangible o concreto –de allí su nombre– y no a proposiciones verbales; y, por otra parte, todavía proceden poco a poco, en comparación con la movilidad de las futuras operaciones combinatorias y proporcionales.

4. *Estadio operatorio formal*: Este cuarto y último período –hacia los 11 ó 12 años– permite alcanzar un techo de equilibrio alrededor de los 14 ó 15 años. Implica un nuevo modo de razonamiento que toma no ya sólo a objetos o realidades representables, sino a hipótesis –es decir– a proposiciones. El pensamiento es ahora capaz de organizar las percepciones en función de categorías lógicas más abstractas, en palabras de Piaget, de hacer “operaciones sobre operaciones”, de actuar con estrategias hipotético-deductivas. El pasaje del pensamiento concreto al pensamiento formal es estudiado a fondo por Piaget e Inhelder en su trabajo conjunto de 1955 (Piaget, J. & Inhelder, B., 1955).

Piaget plantea que la inserción del adolescente en la sociedad adulta requiere del empleo de instrumentos intelectuales y afectivos. Respecto de los primeros, una capacidad de reflexión que va más allá del presente, y que puede a la vez tomar como objeto de reflexión su propio pensamiento, es decir, una capacidad para orientarse hacia lo que es inactual y abstracto que constituye una herramienta de adaptación al cuerpo social y que le permitirá al adolescente su inserción moral e intelectual dentro de la sociedad de los adultos: “En particular le son indispensables para asimilar las ideologías que caracterizan a la sociedad o a las clases sociales como cuerpos organizados en oposición a las simples relaciones interindividuales” (Piaget, J. & Inhelder, B., 1955: 286). Respecto de los segundos, destaca dos transformaciones esenciales para la socialización afectiva adulta: la *emergencia de sentimientos referidos a ideales* –que vienen a sumarse a los sentimientos entre las personas– y la *formación de la personalidad caracterizada por el rol social y por una escala de valores*, y no ya por la mera coordinación de los intercambios con el medio físico y las otras personas. Acerca de las diferencias entre los aspectos afectivos del niño del estadio anterior con los del adolescente, estos autores expresan:

En primer lugar, en cuanto a los sentimientos referidos a los ideales resulta sorprendente comprobar que el niño permanece indiferente en mayor o menor grado ante ellos. Una encuesta acerca de la idea de patria y las actitudes sociales que la acompañan nos mostró que el niño se interesa por su familia, los lugares en que vive, su ciudad, su lengua materna, ciertas costumbres, etc., pero permanece a la vez en una ignorancia y una insensibilidad sorprendentes ante su patria como realidad colectiva aunque quizá no ante el hecho cualitativo de llamarse –él o sus prójimos– suizos, franceses, etc. Por otra parte, la cosa resulta muy natural, ya que si la lógica de los 7 a los 11 años se

limita a operar sobre objetos concretos o manipulables, ninguna operación disponible en este nivel permitirá la elaboración de un ideal que vaya más allá de lo sensible. (...) las nociones de humanidad, justicia social (en oposición con la justicia interindividual profundamente vivida desde el nivel concreto), libertad de conciencia, coraje cívico o intelectual, etc., son ideales que afectarán profundamente, junto a la idea de patria, a la afectividad del adolescente, pero que la mentalidad del niño no podrá ni comprender ni sentir sino a través de reflejos individuales. En otros términos, de los sentimientos sociales el niño sólo conoce los afectos interindividuales, incluso los sentimientos morales sólo se experimentan en función del respeto unilateral (autoridad) o del respeto mutuo. A estos sentimientos que por supuesto subsisten tanto en el adolescente como en el adulto, se les suman, a partir de los 13-15 años, sentimientos referidos a los ideales o a las ideas como tales (Piaget, J. & Inhelder, B., 1955: 292-3).

Respecto de la formación de la personalidad, ésta es definida por estos autores como producto de un *descentramiento* del yo: *si el yo es por naturaleza egocéntrico, la personalidad es el yo descentrado a partir de la sumisión de éste a un ideal y la adhesión a una escala de valores no abstracta sino referida a los quehaceres concretos*. Luego, implica la adopción de un rol que el individuo irá construyendo en sus desempeños.

Asimilación de lo dado a estructuras de acciones elementales o a estructuras operatorias superiores, **la inteligencia consiste en comprender e inventar**, por medio de organizar lo real en acto o en pensamiento, y no simplemente en copiarlo. Puesto que para *comprender* un fenómeno es menester una reconstrucción de las transformaciones de las que el fenómeno es resultado y, para tal reconstrucción, se requiere haber elaborado una estructura de transformaciones, la inteligencia supone una parte de invención o reinención (es decir, construir estructuras).

¿Cuál es la relación con la afectividad? A lo largo de su obra Piaget señala la existencia de un *paralelismo constante* entre la evolución de la vida afectiva y la vida intelectual. Plantea que toda división entre cognición y afecto es artificial, y afirma que si la dimensión psicológica escogida para el análisis de la vida mental debe ser siempre la “conducta”, concebida como un restablecimiento del equilibrio, ésta supone una técnica (la inteligencia) y unos móviles y unos valores finales: los sentimientos. Así, *“la afectividad y la inteligencia son, pues, indisolubles y constituyen los dos aspectos complementarios de toda conducta humana.”* (Piaget, J., 1964: 28). Como lo expresa también de otro modo, la afectividad constituye la “energética” de la conducta cuya estructura define las funciones cognitivas, sin que ello signifique determinación de una sobre otra ni a la inversa.

En este contexto, la temprana obra de 1932 sobre el origen del juicio moral se destaca por la discontinuidad de los temas que allí aborda con el resto de su producción. En efecto, como señala Marchesi (1984), el de las relaciones entre juicio moral y desarrollo cognitivo es el único tema que no volvió a tratar con posterioridad, si bien algunos aspectos parciales (como el egocentrismo) fueron planteados en otros contextos. Piaget se propone estudiar el razonamiento de los niños pequeños sobre aspectos que ponen en juego una valoración moral, aunque sin detenerse en ésta ni en la conducta o sentimientos implicados. Antes bien, *lo que ocupó a Piaget fueron los criterios con los que los niños juzgan las conductas morales; la estructura del razonamiento antes que el contenido del mismo*. Para ello, se basó en las conversaciones mantenidas con ellos, atendiendo a su punto de vista, dentro de un

contexto de indagación que dejaba de lado las pruebas estandarizadas (*tests*): el *método clínico* más arriba referido. Desde su primer empleo sistemático en 1926 (Piaget, J., 1984), el método clínico ha sufrido modificaciones motivadas por los objetivos de las investigaciones en juego y por las particularidades de la edad de los sujetos en cuestión. En situación de entrevista, en una conversación mediante preguntas que no estaban previamente establecidas y que se iban formulando teniendo en cuenta siempre las respuestas que los niños iban dando, Piaget les proponía a los sujetos de la experiencia problemas específicos, dejándoles la libertad de resolverlos como pudieran.

El trabajo de Piaget no se centra tanto en los procesos del desarrollo moral como en procurar *“integrar los datos evolutivos en una explicación socio-psicológica que pone en cuestión las tesis sociológicas sobre transmisión a los niños de las normas sociales establecidas”* (Marchesi, A., 1995: 366), atendiendo a cómo se desarrolla la *moralidad autónoma individual* en contraposición con la moralidad impuesta por el mundo de los adultos (moral heterónoma), y contestando de esta manera a la tesis sociológica de Durkheim, para quien la sociedad es la única fuente de la moralidad, y sus corolarios psicológicos. Lo que la tesis de Durkheim no puede responder, dejando un hueco del conocimiento donde se instala la investigación piagetiana, ***es cómo se desarrolla la moralidad individual autónoma contra la moralidad heterónoma impuesta por la presión adulta.***

En la introducción a su obra de 1932, Piaget consigna que, en primer lugar, trata de saber *qué es el respeto por la regla desde el punto de vista del propio niño*, partiendo para ello del análisis de las reglas del juego social, escogiendo el juego de canicas (es decir, el “juego de las bolitas”). En segundo lugar, pasa de las reglas del juego a *la idea que se hace el niño de las reglas específicamente morales prescritas por el adulto*, indagando la representación que el niño tiene de estos deberes concretos a partir de la noción de “mentira”. Y por último, aborda *las nociones que surgen de las relaciones de los niños entre sí* a partir de la idea de “justicia” como tema a indagar en las entrevistas.

El método escogido por Piaget fue una encuesta, realizada bajo las directrices del método clínico, a unos veinte niños y adolescentes de entre 4 y 12 ó 13 años, para indagar: a) la *práctica de las reglas*, es decir, cómo se adaptan los individuos poco a poco a estas reglas, cómo las observan de acuerdo a su edad y desarrollo; y b) cómo adquieren *conciencia de la regla*, es decir, qué tipo de obligaciones, según las edades, resultan para ellos del dominio progresivo de la regla.

Los resultados de este estudio le permitieron distinguir:

a) Desde el punto de vista de la ***práctica de las reglas***, cuatro estadios sucesivos:

1. Un estadio *motor*, en el que el niño manipula las canicas en función de sus propios deseos y costumbres motrices, con esquemas más o menos ritualizados, siendo el juego individual. Por lo tanto no puede hablarse de reglas propiamente colectivas.

2. Un estadio *egocéntrico*, que se inicia en el momento en que el niño recibe del exterior el ejemplo de reglas codificadas (entre los 2 y 5 años). El niño juega solo o bien con otros niños pero sin intentar dominar sobre ellos ni, por consiguiente, uniformizar las distintas formas de jugar. Cada uno juega para sí, sin preocuparse por la codificación de las reglas. El egocentrismo tiene pues este

doble carácter: imitación (de los demás) y utilización individual de los ejemplos recibidos.

3. Un estadio de la *cooperación* en estado naciente, hasta los 7 u 8 años, en que cada jugador ya intenta dominar a sus compañeros. Aparece, por ende, la preocupación por el mutuo control y la unificación de las reglas. Se detecta, empero, vacilación respecto de las normas generales del juego, aunque consiguen ya entenderse durante una sola y misma partida.

4. Finalmente, un estadio de la *codificación de las reglas*, hasta los 11 ó 12 años, en el que el código a seguir es conocido por la sociedad entera: los niños, a esta altura, pueden proporcionar información concordante sobre las reglas del juego.

b) Desde el punto de vista de la **conciencia de las reglas**, tres estadios:

1. Durante el primer estadio, la regla *no es coercitiva todavía*, bien porque es puramente motriz, o bien –a principios del estadio del egocentrismo– porque en cierto modo se sigue inconscientemente, a título de ejemplo interesante y no de realidad obligatoria.

2. Durante el segundo estadio, en el apogeo del egocentrismo y primera mitad del estadio de la cooperación, *la regla se considera sagrada e intangible, de origen adulto y de esencia eterna*; toda modificación propuesta al niño éste la considera como *transgresión*.

3. Durante el tercer estadio, finalmente, *la regla está considerada como una ley debida al consentimiento mutuo*, que es obligatorio respetar, pero que se puede transformar a voluntad a condición de que participe de la opinión general.

La originalidad del estudio de Piaget radica en haberse centrado sobre el razonamiento –es decir, los criterios con los que los sujetos juzgan las conductas morales y cómo razonan acerca de ellas– antes que otras opciones, como las de tomar las valoraciones morales o la conducta moral.

Si bien, respecto del proceso de adquisición de un universo de normas, es admisible que hay reglas que son impuestas por la presión de los adultos (por ejemplo, las normas convencionales, que regulan usos y costumbres), y de hecho, Piaget consideró que las normas pueden ser impuestas, hay empero un terreno en el que existen reglas propiamente infantiles: el juego. Estudiando el juego infantil, encontró una serie de etapas tanto en la *práctica* como en la *conciencia* de las reglas. A partir de ahí se adentró en los problemas más estrictamente morales, como las intenciones en la acción, la mentira, la responsabilidad y la noción de justicia, que es un concepto esencial del conocimiento moral.

Así, en la evaluación de las intenciones, descubrió la oposición entre responsabilidad objetiva y responsabilidad subjetiva (historias de las tazas rotas, del perro grande como una vaca y las buenas notas). En el examen de la noción de justicia, surge la noción de *justicia inmanente* (es decir, si se producen sanciones por la propia naturaleza de las cosas: se le pregunta al niño si igualmente hubiera ocurrido tal desgracia de no haber robado las manzanas), así como la oposición entre *sanciones expiatorias* y *sanciones por reciprocidad* (Un niño rompe el juguete de su hermano, entonces: 1) debe darle uno de sus propios juguetes; 2) arreglarle con su dinero el que rompió o comprarle otro; 3) quedarse una semana privado de otros juguetes. Los más pequeños consideran justo el punto 3 (penalización), y los

de más de 7 años dan como soluciones los puntos 1 y 2 (reciprocidad-reparación)). Se desprende también la noción de una *justicia retributiva* vs. la de una *justicia distributiva*. En la primera el individuo es premiado en función de su esfuerzo y de sus méritos; en la segunda, el bien se distribuye favoreciendo a todos los sujetos por igual (historia del reparto del pastel entre los niños obedientes y los niños desobedientes: el 70% de los niños de 6 a 9 años aprueban la justicia retributiva; mientras que sólo el 40% de los de 10 a 13 aprueban a ésta).

El estudio de estos problemas conduce a pensar que para los niños pequeños el valor de las normas está ligado a las personas que las dictan, es decir, a los adultos: hay que cumplir con las normas porque lo determina una autoridad (*moral heterónoma*); pero, poco a poco, se pasa a una moral desde la cual el niño empieza a **juzgar las normas** en función de su bondad o maldad, independientemente de quien las dicte (*moral autónoma*).

La posición heterónoma produce una estructura de carácter preoperatorio que Piaget denomina "*realismo moral*", según la cual las obligaciones y los valores están determinados por la norma, independientemente del contexto y de las intenciones (p.ej., es el caso de la *responsabilidad objetiva*). El realismo moral implica, pues: *heteronomía* (no se plantea el valor de las normas morales; éstas son valiosas en tanto provienen del adulto), *literalidad* (las normas se aplican en su sentido más literal, sin tener en cuenta las condiciones bajo las cuales deben aplicarse) y *responsabilidad objetiva* (considera a la acción mejor o peor en función del daño que ha producido y no de la intención).

La autonomía, en cambio, se basa en el respeto mutuo entre los individuos y en la reciprocidad: el sujeto va "interiorizando" el universo de las normas en la medida en que es capaz de reflexionar sobre ellas y de discutir las, pudiendo no estar de acuerdo con los adultos.

La idea que se desprende de los trabajos de Piaget es que el niño realiza sus progresos morales en relación con su desarrollo intelectual y con el establecimiento de relaciones menos egocéntricas y más cooperativas con sus compañeros (el factor "social"). La moral resulta una necesidad a medida que las relaciones con los compañeros van cobrando importancia. Establecer relaciones cooperativas con los otros supone poder situarse en el punto de vista del otro, y superar el egocentrismo supone elaborar una noción de reciprocidad y de justicia.

Resumiendo: la regla colectiva aparece, en primer lugar, como algo *exterior al individuo*, por consiguiente algo sagrado; luego, se adopta poco a poco y aparece como el libre producto del consentimiento mutuo y de la conciencia *autónoma*. La interesante paradoja destacada por Piaget es la de la inconsistencia práctica de la ley, en un primer momento, que se acompaña de un respeto místico a la misma. Hasta los 7 u 8 años el niño subordina la justicia a la autoridad adulta; entre los 8 y 11, va adquiriendo un igualitarismo progresivo; a partir de los 11 ó 12 las ideas igualitarias se van convirtiendo en apoyos a la noción de equidad o de justicia racional.

B. La teoría de Kohlberg

La obra de Lawrence Kohlberg (1927-1987), psicólogo de la Universidad de Chicago, es considerada todavía como el intento más logrado –no obstante las controversias que han producido sus supuestos fundamentales– de comprender el desarrollo moral desde un enfoque que podría ser llamado también, con Kohlberg mismo, **cognitivo-evolutivo** (Kohlberg, L., 1976). Su trabajo es una extensión y profundización del trabajo temprano de Piaget (1932) sobre la construcción del *juicio moral* en un proceso cognitivo autónomo y racional, e incorpora las posteriores investigaciones de éste sobre las categorías lógicas.

Durante más de veinte años Kohlberg entrevistó de forma periódica a un grupo de 72 chicos de edades comprendidas entre los 10 y 17 años. Para ello, utilizaba diferentes dilemas morales, usados para comprender en qué estadio se encontraba cada uno de los muchachos.

Su obra recibió asimismo otras influencias: la de la filosofía de Kant, pero también de psicólogos, filósofos y sociólogos como James Mark Baldwin (el primer gran teórico del desarrollo individual y uno de los precursores del método genético en psicología), John Dewey, John Rawls y Hare, sin descartar aportes de otros modelos cognitivo-evolutivos como el de George H. Mead y Selman; pero la influencia básica es la piagetiana; aunque en sus últimas formulaciones referidas al pensamiento moral adulto se aparta notablemente de su principal maestro.

En los autores y pensadores citados, se cifran las referencias que le permitieron a Kohlberg edificar los **tres constructos fundamentales de su teoría** (Cortés Pascual, A., 2002): el primero es el concepto de **juicio moral**; el segundo es la conceptualización de los **estadios** por los cuales pasa la persona en la construcción de su moralidad, noción central en el análisis del desarrollo; y el tercero es el sentido de **justicia** como orientación moral fundamental, hacia la que tienden los juicios.

Se examinan, a continuación estas nociones.

Mientras que, en contraste con las ideas piagetianas, en diversos círculos se sostenía que el pensamiento moral es: o un resultado de procesos inconscientes (la conciencia se encuentra bajo el control del superyó), o bien un aprendizaje social temprano (por condicionamiento y refuerzo) –ambas posturas conducentes a un posicionamiento relativista: la moralidad es relativa a la educación social de la persona–. Kohlberg, en los últimos años '50, recupera y utiliza el concepto piagetiano de *desarrollo en estadios* aplicándolo al estudio del juicio moral.

En efecto, la concepción piagetiana propuso su concepto de lo cognitivo y del desarrollo basado en la noción de *estadios*, caracterizados por cualidades estructurales identificables en el juicio moral, en el curso de un *desarrollo* que tiende hacia formas de razonamiento cada vez más formales, abstractas e indiferentes a las particularidades de los contextos, y en el entendimiento de este desarrollo como un proceso de *autonomía*, autoconciencia y anticipación; proporcionando así las bases fundamentales del abordaje estructuralista de la cuestión. Y, si bien es Piaget (1932/1971) el primero que abordó la temática de lo moral en el desarrollo psicológico, es Kohlberg (1958, 1973, 1976) quien impuso las premisas en el campo del desarrollo moral.

Además de su punto de partida en el modelo cognitivo-evolutivo de Piaget (y de Mead y Selman), la teoría psicológica kohlberiana del desarrollo moral tiene su sustentación filosófica en las teorías de Kant y John Rawls:

Con Kant y Rawls, Kohlberg intenta caracterizar los juicios éticos en términos de *justicia deontológica*. Para Kant lo ético debe fundamentarse en una razón universal que puede emitir sus juicios independientemente de intereses o necesidades particulares. El ser humano como ser libre deberá escoger las normas de acuerdo a unas formulaciones que puedan ser aceptadas por su poder racional y no por las consecuencias que ellas puedan generar. Sólo bajo la fortaleza de los argumentos un ser autónomo podría incorporar determinadas reglas como parte de sus compromisos y de sus obligaciones morales (Yáñez Canal, J., 2004, p. 3).

Esta influencia explica la predilección de Kohlberg por la noción de estadio, además de por su conveniencia empírica: en su obra, la *justicia entendida como equidad* es un ideal y es una forma de juicio moral ubicado en un estadio final al que tiende todo ser humano en su desarrollo. Como sostiene Yáñez Canal, este último estadio tiene –para Kohlberg– un doble papel: por un lado, sería un estadio con un sentido filosófico más que psicológico, pero además, por otro lado, permitiría justificar la direccionalidad de todo el desarrollo moral de los sujetos.

Es decir, Kohlberg adopta una posición inicial *no empírica* respecto a cómo entender lo bueno y éticamente correcto, y que postula como estado ideal de razonamiento hacia el que los seres humanos tenderían en su desarrollo hacia la abstracción y la autonomía, en un vector que conducirá a un estadio donde el ideal filosófico se materializará.

Sólo desde este estado final (*estadio postconvencional*), postulado y justificado filosóficamente, se entiende el juicio moral de los seres humanos, en el que los estadios anteriores diferirán del estadio final en su menor capacidad de abstracción y de realizar juicios universales e imparciales. En este vector, y en un sentido descendente, cuanto más alejado esté un juicio moral de dicho estado ideal de razonamiento, más concreto y dependiente de las particularidades de los contextos, de los intereses y necesidades de los individuos, más ceñido a convenciones y normas será (*estadio convencional*) contrastando con el ideal postulado; o, en un nivel elemental (*estadio preconvencional*), más atento a los intereses inmediatos y egoístas. En el período convencional, los individuos consideran correcto sólo aquellas conductas que se sometan a las leyes o a las normas aceptadas por la mayoría, independientemente de cómo estas normas puedan afectar la libertad o la igualdad entre los hombres; y, en el nivel preconvencional, el niño sólo atiende a los beneficios para sí mismo o para aquellas personas de su grupo de relación, las normas no se comprenden y sólo son tenidas en cuenta en relación con la propia conveniencia o con el castigo a evitar.

Sobre esta base, el estudio del desarrollo moral es descrito en términos de estadios diferenciados de razonamiento, de capacidad de argumentación o de seguir un procedimiento con la mayor imparcialidad posible, cuyo nivel más elevado se referencia en formulaciones ideales propuestas en la filosofía. Este ideal no está representado por ningún ser humano concreto, sino que es el punto final hacia el que tiende el proceso de reflexión moral.

Como se puede ver, no se emplea esta noción de estadio en términos meramente descriptivos y sin propiedad, sino en el sentido en que Piaget la emplea originalmente: los estadios son momentos en que emergen estructuras de conjunto, que se consolidan progresivamente hasta su acabamiento, vale decir, cuando alcanzan un nivel de *equilibrio*.

Y, como con Piaget, el supuesto de los *estadios* tiene un correlato empírico evidente, es decir, con lo que clínicamente se observa:

a) por una parte, implican diferencias cualitativas en el modo de pensar;

b) en segundo lugar, forman una secuencia invariante; y

c) constituyen integraciones jerárquicas, en las que el nivel más alto reintegra las estructuras que se encuentran a niveles más bajos.

El primer punto (a) significa que dos personas, cada uno en un diferente estadio, pueden compartir un valor parecido, pero su modo de pensar sobre el valor será distinto en cualidad: cada estadio forma un todo estructurado, y un cambio de etapa implica reestructuración de cómo uno piensa sobre toda una serie de temas morales (igual que en el desarrollo cognitivo se reestructura todo el modo de pensar sobre temas como la causalidad, la conservación, etc.).

El segundo aspecto (b) se refiere a que la secuencia se define por la complejidad lógica de cada etapa: para que se desarrollen estadios posteriores se deben dominar operaciones cognitivas previas que permitan ir desarrollando otras lógicamente más complejas.

Por último (c), acepta la aplicabilidad del modelo piagetiano de los estadios para la caracterización del desarrollo yoico, afirmando la idea de que el juicio moral y el razonamiento son, en su mayor parte, un aspecto o dominio del desarrollo del yo (Kohlberg, L., 1981). En sus propios términos, su teoría mantiene el supuesto de un Yo (*Ego* o *Self*) como parte consciente de la personalidad, relativamente unitario, que razona, emite juicios y valoraciones.

No obstante estos términos, que Kohlberg utiliza en su debate con Loevinger (Kohlberg, L., 1981), nunca se orientó hacia una teoría de la personalidad, psicodinámica u otra, sino hacia las teorías del desarrollo cognitivo de la moral, no sólo aquella fundamental de Piaget (1932), también las de aquellos autores que llama "los precursores norteamericanos" de Piaget: James Mark Baldwin (1897), John Dewey (1932), y George H. Mead (1934).

¿Cuál es el lugar del juicio moral en la personalidad, pues? Kohlberg comprende el estadio moral dentro de una secuencia del desarrollo de la personalidad. Plantea un *paralelismo* entre el estadio lógico del individuo, tal como los describe Piaget, y su estadio moral. Se vio, en el apartado sobre la teoría de Jean Piaget que, desde el acceso del niño a la función simbólica (también llamada función semiótica), hay tres importantes momentos evolutivos del razonamiento: el período intuitivo, el estadio de las operaciones concretas y el de las operaciones formales.

Como se dijo en la Introducción a este capítulo, con el aporte de Kohlberg la perspectiva estructural conquistó el campo del desarrollo moral, hasta el punto de que las referencias a este autor son insoslayables. Su obra supone dos hipótesis fundamentales: una cognitiva y otra evolutiva.

Respecto de la primera, sostiene que los principales cambios producidos en el desarrollo suponen importantes reestructuraciones en el significado que el sujeto da al mundo (*hipótesis cognitiva*).

En cuanto a la segunda hipótesis, afirma que el resultado de dichas reestructuraciones posibilita formas superiores de adaptación a dicho mundo (*hipótesis evolutiva*).

Estas dos hipótesis aplicadas al ámbito moral equivalen a afirmar que los principales cambios que se producen con el desarrollo son de tipo cognitivo y conducen a formas de razonamiento moral de una complejidad creciente, en las que el concepto de *justicia* –sobre el que se asienta la estructura esencial de la moralidad– cambia y se desarrolla con el tiempo, a medida que se interacciona con el entorno social. Es decir que los postulados de dicho enfoque se centran fundamentalmente en los cambios internos de la estructura mental, concibiendo el desarrollo en etapas evolutivas, que tienen su origen en la estimulación del razonamiento acerca de asuntos y decisiones respecto de situaciones interpersonales.

Las nuevas estructuras logradas representan siempre formas de equilibrio superior (los *estadios*) en la interacción organismo-medio, que alcanzan o tienden a una mayor reciprocidad entre la acción del sujeto sobre el medio y la acción del objeto o situación sobre el sujeto. Si se concibe a los **estadios morales como niveles de razonamiento moral**, para que haya un razonamiento moral avanzado deberá haber también un razonamiento lógico avanzado. Dicho paralelismo implica que los niños pasan a la vez por las secuencias de desarrollo cognitivo y del juicio moral –existe una unidad de desarrollo, aunque los niños parecen progresar algo más rápido en su comprensión del mundo físico que en su comprensión de cómo se estructuran las relaciones en su mundo social–.

De esta manera identifica *seis estadios del desarrollo moral*, cada uno de los cuales proporciona un sistema de razonamiento moral más complejo y, por tanto, un concepto más adecuado de lo que es justo y bueno. Estas etapas son postuladas como universales, aunque los factores del entorno influyen en el ritmo de crecimiento y en el nivel de desarrollo conseguido.

Con Kohlberg, se puede definir al ejercicio del juicio moral como un proceso cognitivo que implica una reflexión sobre los valores y su ordenamiento en una jerarquía lógica. Para este autor, el ejercicio de la moral es integrante del proceso de pensamiento que empleamos para extraer sentido de los conflictos que surgen en la vida diaria (Colby, Kohlberg, Gibbs *et al.*, 1983).

Kohlberg reconoce, siguiendo distintas teorías filosóficas morales, que pueden ser descritas al menos cuatro *orientaciones morales*, las cuales pueden encontrarse en cada uno de los estadios y definen distintos tipos de estrategias en materia de decisión. Estas orientaciones son las siguientes (Kohlberg, L., 1976):

1. *Orden normativo*: orientación hacia las reglas y roles prescritos del orden social o moral. Las consideraciones básicas a la hora de tomar decisiones giran en torno al elemento de las *reglas*.
2. *Consecuencias utilitarias*: orientación hacia las consecuencias buenas o malas de la acción, en lo que concierne al bienestar, en esa situación, para los demás y/o para uno mismo.
3. *Justicia o equidad*: orientación hacia las *relaciones* de libertad, igualdad, reciprocidad y contrato entre personas.
4. *Yo ideal*: orientación hacia una imagen del actor como yo bueno o como alguien con una conciencia, y hacia sus motivos o virtudes (relativamente independientes de la aprobación de los otros).

A la pregunta acerca de por qué no se debe robar en un quiosco, desde una orientación *normativa* el niño dirá que está mal robar; desde la orientación *utilitarista*, no se debe robar para no hacerle daño a otra persona (“el dueño del quiosco tiene una familia que mantener”); desde la perspectiva del *ideal*, un ladrón es una persona malvada; y desde la orientación de la *justicia*, se plantea, por ejemplo, que el dueño del comercio ha trabajado “*y vos no ¿Por qué tenés que tener vos el dinero y no él?*”

Si bien un sujeto puede utilizar cualquiera de estas orientaciones en cualquiera de los estadios, Kohlberg afirma que **la estructura moral más esencial es la de la justicia**: si las situaciones morales son situaciones de conflictos entre intereses y perspectivas, *los principios de la justicia son conceptos para resolver estos conflictos*, para dar a cada uno lo suyo, y, de alguna manera, la justicia subyace en cualquiera de las cuatro orientaciones.

En definitiva, sostener la ley y el orden (orientación normativa) puede ser considerado como justicia; de la misma manera que maximizar el bienestar del grupo (orientación utilitarista). Se puede actuar moralmente y cuestionar las reglas o cuestionar cuál es el mayor bien; *pero no se puede actuar moralmente y cuestionar la necesidad de justicia*.

Según Kohlberg, la esencia de la justicia es la distribución de los derechos y los deberes regida por los conceptos de igualdad y reciprocidad: noción de la justicia como equilibrio que se corresponde a la noción de *equilibrio estructural inestable*. **La justicia, entendida como equidad, es así lógica normativa**, equilibración de las acciones y relaciones sociales; y, en la obra de Kohlberg, es parte de un estadio final al que tiende todo ser humano en su desarrollo: **el que se ajusta a la imparcialidad, entendida como la consideración del interés y punto de vista de todas las partes involucradas**.

Este último estadio del desarrollo (estadio 6) se relaciona con un pensamiento ético formulado en términos de universalidad, imparcialidad y de respeto a la libertad y dignidad humana. Las reflexiones éticas de Kant, entre otros autores como Rawls y Hare, condujeron a Kohlberg a proponer como ideal del desarrollo la realización de juicios en términos de la filosofía moral. Así, en este estadio final el sujeto habrá de razonar sobre principios universales de manera independiente de sus intereses y de las normas de una determinada comunidad, o de los acuerdos establecidos por la mayoría. Este nivel de juicio moral postconvencional diferencia aquello referido a principios universales de aquello propio de valores particulares.

En este punto, y antes de pasar a describir otros aspectos de la teoría de este autor, es preciso tener en cuenta que la formulación de Kohlberg fue contestada por algunos autores que revisaron puntos centrales de su teoría, como por ejemplo este modelo de desarrollo, sus criterios metodológicos, y el papel de las *diferencias de género*. A continuación, se pasa revista a este último aspecto, sin perjuicio de lo que se expresará en el párrafo C (Desarrollos actuales).

Para una teoría estructural genética es escasamente relevante considerar las diferencias en el desarrollo en términos de variaciones culturales, sociales, educativas o de género. Para el caso de esta última eventualidad –la de los individuos que dan respuestas no esperadas para su edad, quedando clasificados dentro de los estadios previos– se lo explica en términos de posibles retrasos o regresiones en el desarrollo.

Las diferencias individuales son un problema para una teoría de la conducta moral (o de las competencias sociomorales), en la que generalmente terminan por explicarse dichas diferencias como resultado de interferencias debidas a otros factores y variables no planteado por la teoría estructural. Por ejemplo, el hecho de que sólo un número reducido de la población alcance el estadio más alto del desarrollo moral, o de encontrar una población que se halle en los estadios iniciales o intermedios, no invalida la teoría estructural-genética, sino que demuestra las condiciones de pobreza moral e intelectual a las que está expuesta esta población.

Así, estudios de los años '60 y '70 demostraban que los hombres alcanzan el estadio 4 (nivel convencional) de desarrollo moral, mientras que las mujeres, en su mayor parte, se mantenían en el estadio 3 (nivel convencional, también). Estos resultados eran explicados por Kohlberg *no* en términos de la teoría moral, sino en términos de diferencias en el proceso de socialización, es decir, dependiendo del rol sexual asignado socialmente. Las mujeres que asumían el rol tradicional (casamiento, maternidad, hogar) asignado a su sexo después de los estudios de nivel medio permanecerían en el estadio 3, mientras que los hombres que proseguían estudios superiores avanzaban hacia estadios superiores, requeridos para su rol profesional o de negocios. Otros estudios señalan, asimismo, un menor desarrollo en población afroamericana, latina y de otras culturas o de bajo nivel socioeconómico. La diferencia, pues, en este esquema genético, sólo se interpreta como insuficiencia, más allá de los esfuerzo de Kohlberg por proporcionar interpretaciones sociológicas a este retraso o estancamiento en el desarrollo.

Pero otra línea de interpretación de la diferencia argumenta sobre la base de otras perspectivas que la de la justicia y de la imparcialidad para incorporar al estudio del juicio moral. Carol Gilligan es la autora que propone esta interpretación sobre las diferencias sexuales: en vez de considerar el razonamiento moral bajo la perspectiva de la justicia, la *benevolencia* y el *bienestar* serían las categorías que se proponen como ideal ético, al cumplir los requerimientos exigidos a los principios morales. Y son, precisamente las mujeres, quienes poseerían una orientación moral que esta autora denomina "ética del cuidado y de la responsabilidad" (Gilligan, C., 1978; 1985). De la misma manera que Kohlberg, Gilligan deriva de estos principios universales de benevolencia y bienestar sus criterios para el estudio del desarrollo moral de los individuos, los que funcionarían como ideal ético. Esta ética del cuidado como orientación moral considera a los individuos concretos y a la conservación de las relaciones entre individuos particulares, e incluye el concepto de responsabilidad y de la no-violencia como criterios fundamentales del juicio.

Mientras la postura de Kohlberg reducía los juicios morales a la noción de justicia y descuidaba las argumentaciones referidas a la solidaridad, al cuidado de sí mismo y a la consideración del bienestar de los otros, la apuesta de Gilligan puso en duda los criterios utilizados por Kohlberg para comprender los juicios morales. La imparcialidad como parte esencial de los juicios morales conlleva el riesgo de descuidar a los otros con sus historias y biografías singulares: el reconocimiento del otro en su particularidad requiere del altruismo y de la solidaridad.

El debate que suscitó el aporte de Gilligan, e independientemente de si existen diferencias de género en cuanto a razonamiento moral, implicó la posibilidad de fundamentar la habilidad de juicio moral en otros términos que los referidos a una capacidad racional ejercida como procedimientos de argumentación.

La metodología de Kohlberg

En el mismo sentido que Piaget, Kohlberg rechazó la idea de abordar de modo psicométrico la cuestión en estudio, confiando en cambio en la *entrevista clínica*, empleada para examinar hipótesis derivadas de la teoría piagetiana de los estadios e interpretada teóricamente. Cuando comenzó su trabajo en este campo, reportado en su disertación doctoral de 1958, no pensó en construir un test –si bien tardíamente considerará la viabilidad de un test (Kohlberg, L., 1981)– sino en un sistema de evaluación para valorar tipos ideales del desarrollo, interesado como estaba en el proceso lógico que se pone en marcha cuando los valores adquiridos entran en conflicto (*dilema moral*), porque es cuando verdaderamente se ejercita el juicio moral.

El proceso es similar al explicado por Piaget: primero, se produce un desequilibrio: es decir, entra en conflicto el sistema de valores; y segundo, hay que restaurar el equilibrio, asimilando el problema y sus consecuencias, o acomodando su pensamiento para abordar la crisis e idear cómo resolver los conflictos de su sistema de valores.

Para este fin, Kohlberg llevó a cabo a partir de 1955 una serie de investigaciones con 72 chicos varones de edades comprendidas entre los diez (10) y diecisiete (17) años de edad, de clase social media y baja.

El estadio lógico de las operaciones concretas limita al sujeto que no lo trasciende a un nivel moral preconventional (los estadios 1 y 2 de Kohlberg). Una persona que acceda al estadio lógico de las operaciones formales sencillas quedará limitada a los estadios morales convencionales (estadios 3 y 4). Pero si bien el desarrollo lógico es una condición necesaria del desarrollo moral, no es condición suficiente: muchos individuos están en un estadio lógico más alto que el estadio moral paralelo, pero no hay ninguno que esté en un estadio moral más alto que su estadio lógico: la observación de la conducta moral demuestra que se puede razonar en términos de unos determinados principios morales (estadios 5 y 6) y no vivir de acuerdo con ellos; pero actuar de forma moralmente elevada exige un estadio elevado de razonamiento moral.

Ello determina que, aunque el estadio moral esté relacionado con el progreso cognitivo y con la conducta moral, **la identificación del estadio moral del sujeto debe basarse exclusivamente en su razonamiento moral**, lo que impone una determinada vía de acceso a tal razonamiento, más clínica que psicométrica.

Así, para estimar el estadio de desarrollo moral de un sujeto Kohlberg ideó un instrumento sobre la base del *método clínico* (la *Entrevista sobre Juicio Moral*) que tantea el proceso de razonamiento que una persona usa para resolver problemas morales. Consiste en proponer al sujeto tres dilemas hipotéticos que despierten su interés y preguntarle cuál sería la mejor solución para el problema y por qué. Cada dilema implica un personaje ante determinada situación difícil, y tiene que elegir entre dos valores conflictivos. Se le lee al sujeto cada dilema y se proponen varias preguntas estandarizadas, para preguntársele *cómo* debería resolver la situación y *por qué* sería esa la mejor manera de actuar. Los dilemas se pueden usar tanto con niños –aunque no suelen ser utilizados antes de los 9 años de edad– como con adultos, ya que son comprensibles y presentan una situación que ambos considerarían problemática moralmente.

Por ejemplo:

Juan era un chico de catorce años que tenía muchas ganas de irse de campamento. Su padre le prometió que podría ir si conseguía el dinero por sí mismo. Por eso, Juan trabajó y ahorró los cien pesos que le costaba ir de campamento y un poco más. Entonces, su padre cambió de opinión: sus amigos habían decidido ir de pesca, y como el padre tenía poco dinero, le pidió a Juan que le diera sus ahorros. Juan no quiso renunciar al campamento y se negó a dar a su padre el dinero que había ganado.

Primera cuestión: ¿Debía Juan negarse a dar el dinero a su padre? ¿Por qué sí? o ¿Por qué no?

Al investigador le interesa el razonamiento empleado, no el contenido. Mientras la respuesta o conclusión representa el *contenido* del pensamiento del sujeto, el razonamiento representa la *forma o estructura* del pensamiento. El investigador busca un uso consistente de la forma en varios dilemas y, al identificarlo, establece el estadio de juicio moral que caracteriza al razonamiento del sujeto.

Ya que esta metodología se apoya en la respuesta verbal del sujeto y distingue entre forma y contenido, suscita la pregunta de hasta qué punto representa la respuesta el pensamiento real del entrevistado y lo que éste haría si se encontrara en una situación real. Si bien Kohlberg concede que el contenido no es una base fiable para extraer cualquier conclusión sobre el pensamiento “real” de la persona, *centrándonos sobre la forma o estructura sí es posible obtener una muestra de su pensamiento*. De qué manera otros condicionamientos influyen o no el uso de las estructuras de razonamientos disponibles por el sujeto, es una cuestión empírica que ha sido y está siendo investigada en varios estudios.

Para Kohlberg la raíz del juicio moral reside en la **capacidad de asumir roles**, es decir, “*la capacidad de reaccionar ante alguien como uno mismo y reaccionar ante la conducta de él mismo en el rol del otro*” (Colby, Kohlberg et al., 1987). Lo que es posible cuando el pensamiento y la interacción social egocéntrica (del niño de 3 años, por ejemplo), que no le permite distinguir entre su propia perspectiva y la de los demás, es desplazada gradualmente desde la edad de seis-siete años a partir de la construcción del pensamiento lógico y el surgimiento de los sentimientos morales y sociales de cooperación (Piaget, J., 1964: 15). Si se acepta una caracterización del *juicio moral* de Kohlberg, como “*el sopesar las exigencias de los demás contra las propias*”, es razonable pensar que sólo cuando el niño puede asumir el rol de otro y percibir cuál es su exigencia, puede sopesar su propia exigencia frente a la del otro.

Superar el egocentrismo (que tiene tanto una dimensión en la percepción física como en la percepción *social*) implica el desarrollo de nuevas estructuras cognitivas que le permitan al niño una nueva comprensión de los mundos físico y social.

Así, los niños de siete años, que desde el punto de vista cognitivo son capaces de diferenciar entre el tamaño percibido y el tamaño real del sol, interponen el *principio lógico de la perspectiva* entre sus percepciones y su juicio. Lo que proviene del desarrollo de una lógica *concreta* que ajusta su percepción inmediata (el sol) a lo que saben que es verdad en la relación de los objetos en cuestión: el sol parece más pequeño porque está lejos de la tierra. De manera similar, el *asumir roles* opera como principio de la perspectiva en las relaciones sociales.

Es decir que los estadios del desarrollo moral están supeditados al desarrollo de las estructuras operatorias de la inteligencia, lo que queda demostrado por las

diversas investigaciones empíricas sobre la relación entre el desarrollo de los niveles cognitivo y socio-moral, que han señalado que los niños tienden a estar al nivel de las operaciones concretas antes de desarrollarse e ir a los períodos paralelos de asunción de roles y juicio moral. Ello sugiere dos cosas:

- 1) Que el desarrollo de los períodos cognitivos es una condición necesaria para el desarrollo de los niveles paralelos socio-morales (un niño de 8 años no puede desarrollar la perspectiva sobre las relaciones sociales ofrecida por ese nivel de asunción de roles a no ser que ya haya desarrollado la “lógica de la perspectiva” en relación a objetos físicos);
- 2) Y que este desarrollo cognitivo, aunque condición necesaria, no es condición suficiente: el desarrollo de la perspectiva con relación al mundo físico es más fácil que desarrollar “perspectivas” en las relaciones sociales. Un niño puede haber desarrollado la primera y no estar habilitado para el paso respectivo sobre el desarrollo socio-moral. Quizá porque aceptar el compartir como un modo lógico de dividir la propiedad requiere una reestructuración de las propias reacciones emocionales de un modo que no está implicado en el adivinar el tamaño del sol respecto del de la tierra.

Entonces, si bien hay un paralelismo en el desarrollo de ambas habilidades (el conocimiento físico y el conocimiento social), los niños parecen progresar algo más rápido en su comprensión del mundo físico que en su comprensión acerca de cómo estructurar las relaciones en su mundo social.

Descripción de los estadios morales

De manera resumida, la teoría de los estadios implica una secuencia invariante de formas de pensamiento cualitativamente diferentes (totalidades estructuradas), a partir de una serie de transformaciones que constituyen las integraciones jerárquicas.

Teniendo en cuenta estas características generales de los **estadios** ya planteadas por Piaget, Kohlberg (1976) describe tres niveles principales: el *preconvencional*, el *convencional* y el *postconvencional*; donde el término “convencional” alude al tomar en cuenta las reglas y expectativas establecidas por la sociedad o por la autoridad.

Estos tres niveles describen, pues, tres tipos diferentes de relación entre el yo (por un lado) y las *reglas y expectativas de la sociedad* (por el otro).

En cada uno de estos niveles pueden distinguirse *dos estadios*, donde el segundo de cada uno es una forma más avanzada de la perspectiva ofrecida por cada uno de los niveles.

A continuación una descripción de los niveles y sus estadios:

1. Nivel preconvencional: El nivel moral *preconvencional*, que es el de la mayoría de los niños menores de nueve (9) años y el de algunos adolescentes, alude a la *no comprensión real de las reglas y expectativas sociales*. Se trata de un realismo moral ingenuo que lleva a comprender el significado moral de una situación como una cualidad física inherente a la propia acción. El punto de vista es egocéntrico. No considera los intereses del otro o, si los reconoce (como en el segundo estadio dentro de este nivel), predomina la perspectiva concreta individual:

si sigue las reglas es por interés inmediato, por fines instrumentales o de intercambio. El bien es relativo en sentido concreto-individualista y la acción moral exige reciprocidad: “actúo por mis propios intereses y dejo al otro hacer lo mismo”. A nivel cognitivo, son personas que mantienen un enfoque muy concreto. Su razonamiento moral se basa en el nivel preoperatorio o de las operaciones concretas del desarrollo cognitivo. *Las reglas, normas y expectativas sociales son consideradas como algo externo al yo.* Los temas morales son abordados, pues, desde los intereses concretos de los individuos implicados y en función de las consecuencias inmediatas de sus actos: evitación de castigos y defensa de los propios intereses.

Dentro de este nivel preconventional se distinguen los dos primeros estadios:

- **Estadio 1: Moralidad heterónoma (hasta los 7-8 años)**

Se caracteriza por un *realismo moral ingenuo*, que lleva a comprender el significado moral de una situación como una cualidad física inherente a la propia acción, y se distingue por los siguientes rasgos:

- Marcada orientación al castigo, por cuya evitación el individuo se somete a las reglas.
- Aplicación absoluta o literal de reglas sin requerir justificación alguna (obediencia por sí misma).
- Incapacidad para distinguir distintas perspectivas sociales en los dilemas morales planteados.
- Unilateralidad y ausencia de coordinaciones recíprocas, es decir, incapacidad para equilibrar mentalmente las distintas posiciones sociales. La justicia se define en función de las diferencias de poder y estatus.
- Dificultad para reconocer y describir conflictos entre valores en situaciones reales.

Una *condición necesaria para superar este estadio es la adquisición de la reversibilidad lógica en la comprensión de la realidad física y social*, es decir, el pensamiento operatorio concreto descrito por Piaget.

- **Estadio 2: Moralidad del individualismo instrumental e intercambio (hasta los 9-11 años)**

- La superación del ingenuo realismo anterior es posibilitada por la construcción de la *reversibilidad lógica*, lo que permite una perspectiva basada en la reciprocidad.
- Se descubre que existen conflictos de intereses y que las soluciones unilaterales, basadas exclusivamente en la obediencia y el castigo, son inadecuadas.
- Se coordinan los intereses en conflicto tratándolos de forma *estrictamente igual* o a través del intercambio (estructura individualista instrumental).
- Ello conlleva a un concepto de justicia como intercambio de favores: “haz a los demás lo que te hacen a ti o esperas que te hagan”.

- *Las acciones morales exigen reciprocidad. **Reciprocidad simple y concreta*** (comienzo de la reciprocidad moral).
- Orientación hedonista–instrumental que le lleva a garantizar al máximo la satisfacción de necesidades y deseos, reduciendo al mínimo las consecuencias negativas para sí mismo.

2. Nivel convencional: este nivel *convencional* del desarrollo moral, que implica la obediencia a las reglas, expectativas ajenas y convenciones sociales, a la autoridad en definitiva, es el que puede verificarse en la mayoría de los adolescentes y adultos de la sociedad norteamericana y europea (y de *otras* sociedades: es precisamente este punto, como en la teoría del estadio, donde se instalan las controversias de otros autores con Kohlberg). El individuo de este nivel ya se orienta *en función de las expectativas de los demás o del mantenimiento del sistema social, descentrándose de su propio punto de vista y adoptando la perspectiva de una tercera persona*, es decir, la perspectiva del individuo es puesta en relación con la de otros individuos. Hay conciencia de sentimientos compartidos, y los acuerdos y expectativas ajenas cobran primacía sobre los intereses individuales. En el estadio más avanzado, ya diferencia el punto de vista del sistema social (la “sociedad”) de los acuerdos o motivos interpersonales, hay conciencia de obligaciones definidas, y el bien reside en cumplir con los deberes –excepto cuando entren en conflicto con otras reglas sociales– y en contribuir con el grupo, institución o sociedad. Adoptar esta perspectiva convencional implica considerar las cuestiones más abstractas de lo que la gente cercana esperaría de uno mismo (“ser bueno”, “buen hijo, hermano o amigo”). En términos cognitivos, el razonamiento moral que se emplea se basa en las primeras operaciones formales. En términos de otro marco teórico (el psicoanalítico), este nivel puede ser referido a la *identificación (“interiorización”) por parte del yo a las reglas y expectativas de los otros*: nivel del Ideal (necesidad de ser buena persona a los propios ojos y a los de los demás; deseo de mantener las reglas y la autoridad que apoyan la típica buena conducta).

- **Estadio 3: Moralidad de la normativa interpersonal (a partir de los 12-13 años)**
 - Adopción de la perspectiva de una tercera persona. Se supera el individualismo instrumental y se construyen un conjunto de normas o expectativas morales compartidas que se espera que cumplan todos.
 - Las normas o expectativas morales son la base para establecer relaciones de confianza mutua que trascienden los intereses particulares.
 - *Orientación a los sentimientos y las relaciones interpersonales.* Especial preocupación por la confianza y la aprobación social. *Las obligaciones morales se basan en lo que esperan los demás* (perspectiva convencional, del individuo en relación con otros individuos) y se anteponen las expectativas y sentimientos de los demás a los propios intereses (es importante ser “bueno”).
 - Concepto de justicia: “haz a los demás lo que te gustaría que te hicieran a ti si estuvieras en su lugar”. Hay *mayor nivel de reciprocidad*.

- Este estadio caracteriza al razonamiento de la mayoría de los adolescentes y adultos tanto en situaciones hipotéticas como reales, observándose gran consistencia.
- El pensamiento formal que comienza a desarrollarse en esta edad proporciona una herramienta intelectual que permite gran independencia del contenido concreto sobre el que se aplica. Este tipo de pensamiento es una condición necesaria, aunque no suficiente, para el estadio 3 de razonamiento moral.
- **Estadio 4: Moralidad del sistema social (no antes de los 16 años; su frecuencia en la población adulta es menor que el estadio 3)**
 - Integración de las expectativas interpersonales y las normas compartidas dentro de un sistema más amplio y generalizado (la perspectiva de un *miembro de la sociedad* que toma el punto de vista del sistema que define los roles y reglas) que se concreta en un conjunto consistente de códigos y procedimientos que se aplican imparcialmente a todos sus miembros.
 - Ello implica diferenciar el punto de vista de la sociedad de los acuerdos o motivos interpersonales. Se juzgan, por tanto, las situaciones particulares según su función en la sociedad como un todo (considerando las relaciones interpersonales en términos de lugar en el sistema).
 - El bien reside en contribuir al grupo, sociedad o institución.
 - Acentuada preocupación por la coherencia y la imparcialidad, por seguir lo que indica la propia conciencia y mantener el respeto hacia uno mismo.
 - Concepción de la justicia basada en la consideración de los deberes en relación a sus derechos recíprocos: la obediencia a las leyes encuentra su límite cuando entran en conflictos con otras normas sociales.

3. Nivel Postconvencional: El nivel *postconvencional* es alcanzado por una minoría de adultos, y por lo general se llega a él después de los veinte (20) años de edad. Implica comprender y aceptar básicamente las reglas de la sociedad, *aunque dicha aceptación está sujeta a los principios morales de carácter general que subyacen a aquellas*, principios que pueden entrar en colisión con las reglas de la sociedad, en cuyo caso, el individuo postconvencional juzga antes por el principio que por la convención, consciente de valores y derechos que tienen preeminencia por sobre los acuerdos sociales. En un estadio más avanzado aún, los acuerdos sociales parten de un punto de vista moral: las leyes y acuerdos son válidos en tanto se apoyan en tales principios. Se construyen principios morales autónomos que permitirían llegar a una sociedad ideal. El *yo* se diferencia de las reglas y expectativas sociales, defendiendo sus valores en función de los principios escogidos por él, sin presión de la autoridad o las reglas. El razonamiento moral recurre a categorías puramente formales (operaciones formales avanzadas) para la solución de los dilemas, buscando la solución a partir de estos principios morales.

Hay que decir que los Estadios 5 y 6, etapas del razonamiento moral basado en principios, son las áreas más controvertidas de la teoría de Kohlberg. Se derivan filosóficamente, aunque no todos los filósofos morales comparten esta formulación

con el autor. Existen menos datos empíricos sobre estas que sobre otras etapas y, por tanto, también son más cuestionados por parte de algunos investigadores. El Estadio 5 es el más disponible y por tanto el más común. El Estadio 6 representa filosóficamente una posición más adecuada, pero es más rara entre los que no son filósofos. Kohlberg no ha encontrado sujetos (más que algunos filósofos) que hayan logrado llegar a una concepción de la moralidad del Estadio 6. Pero habría un estudio que mostraría que cuando a los sujetos del Estadio 5 se les exponen argumentos del 6, los prefieren sobre sus propios argumentos, lo cual reforzaría con un argumento psicológico la concepción filosófica de que el sexto estadio representa una estructura de razonamiento moral más adecuada que la del quinto.

- **Estadio 5: Moralidad de los derechos humanos**

- Énfasis en el punto de vista legal (la acción moral concreta tiende a definirse en términos de derechos legales, sobre los que está de acuerdo la sociedad en su conjunto), pero las leyes no son eternas, sino instrumentos flexibles para profundizar en los valores morales, que pueden y deben cambiarse para mejorarlas. Es decir que diferencia la perspectiva legal de la moral, reconociendo que pueden entrar en conflicto.
- El contrato social supone la participación voluntaria en un sistema social aceptado, consciente de que la gente tiene variedad de valores y opiniones, aunque dentro de éstos hay valores *no relativos* (vida y libertad, por ejemplo) que deben mantenerse en cualquier sociedad. Se concibe el sistema social ideal como un contrato libremente asumido por cada individuo para garantizar los derechos y el bienestar de todos sus miembros.
- Se va adoptando una ***perspectiva autónoma***, que va más allá de la sociedad, basada en principios que podrían ser aceptados por cualquier agente moral racional para construir una sociedad ideal.
- Se establece una jerarquía de prioridades entre los derechos, en función de la cual se toman decisiones cuando existen conflictos entre varios de ellos.
- Hay una especial preocupación por proteger los derechos de las minorías y de las personas en situación de desventaja y por el bienestar social.

- **Estadio 6: Moralidad de los Principios éticos universales (sin evidencia empírica en Kohlberg)**

- La acción concreta se basa en principios éticos elegidos por uno mismo que son comprensibles, racionales y universalmente aplicables.
- Son principios morales abstractos que trascienden las leyes, como la igualdad de los seres humanos y el respeto a la dignidad de cada persona, pero no son normas concretas.
- Aparece una forma abstracta de considerar las perspectivas de todas las partes y de tratar de organizarlas con principios generales.

En el Anexo 3 se reproduce, con notas propias intercaladas, el cuadro que puede verse en Kohlberg (1976) y en Hersh *et al.* (1984).

C. Desarrollos actuales

A pesar de que desde diferentes modelos o enfoques psicológicos y educativos se ha tratado de explicar el desarrollo de los valores y de lo moral (la teoría del aprendizaje social, de Bandura; la teoría de la internalización de los valores, de Hoffman; las aproximaciones *dialéctica*, de Hogan, y la *taxonómica*, de Forsyth), del examen de la bibliografía circulante surge que sigue siendo el enfoque cognitivo-evolutivo de Kohlberg aquél al que más atención se le ha prestado (Etxeberria, I., 1994). Hoy se verifica una tendencia aplicacionista del modelo kohlberiano a aspectos educativos que giran en torno de la formación de valores y a la educación moral, particularmente en España, México y Colombia.

Si bien dentro del enfoque estructural del desarrollo moral no han surgido nuevas teorías explicativas que desplacen al modelo de Kohlberg, puede en cambio verificarse el surgimiento de una serie de controversias que giran tanto en torno a los puntos centrales del modelo kohlberiano como a los aspectos metodológicos para el establecimiento de los niveles de desarrollo moral. La formulación de Kohlberg fue contestada desde algunos autores que revisaron puntos centrales de su teoría, como por ejemplo el modelo del desarrollo y sus criterios metodológicos.

Se ha visto que son tres los constructos fundamentales de la teoría de Kohlberg: el primero, el concepto de *juicio* moral; el segundo, el concepto de *estadio* como nivel de análisis del desarrollo moral; y el tercero la noción de *justicia*, central en la comprensión de la moralidad. Yáñez Canal (2004) brinda un pormenorizado detalle de los debates actuales que abordaron críticamente estos tres conceptos pilares de la teoría y puestos en cuestión; como asimismo el papel de las diferencias de género. A continuación, se pasa revista a este último aspecto.

En efecto, una sustancial parte del debate giró en torno a: las diferencias de género y, solidariamente, a la oposición entre la moral de Justicia y la moral de Benevolencia (Gilligan), como se vio más arriba; pero también en torno al juicio como dependiente de principios morales o como realización de valores y presuposiciones particulares; el desarrollo como adquisición de principios o comprensión de presupuestos; la metodología de dilemas y la indagación de historias narrativas de mayor complejidad, etc.

Yáñez Canal señala que si en la psicología del desarrollo conceptos como el de *estadio*, la direccionalidad del desarrollo y las razones del cambio o evolución son temáticas sobre las que los autores polemizan, en la psicología del desarrollo moral estos mismos puntos permiten diferenciar las posturas teóricas y los debates actuales más importantes: así, la consideración o no del desarrollo en términos de estadios, la evolución entendida o no como la consecución progresiva de principios universales, el concepto mismo de moral, son las cuestiones centrales que reeditan en el campo moral los puntos ya señalados como fundamentales dentro del campo de la Psicología del desarrollo.

En términos de Yáñez Canal:

La Psicología del desarrollo moral además de retomar algunos aspectos presentes en otros campos de la Psicología presenta diferentes posiciones procedentes del debate filosófico y ético. De esta manera se encuentran, en los estudios psicológicos sobre la moral, polémicas alrededor de la comprensión del fenómeno ético, la fundamentación de éste en términos

cognitivos o sociales, la diferenciación entre enunciados generales y particulares, etc. Algunas de las diferentes conceptualizaciones van a ser ilustradas (...) a partir de unas temáticas particulares tales como las diferencias de género y la oposición entre la Justicia y la Benevolencia, el juicio como dependiente de principios morales o como realización de valores y presuposiciones particulares, el desarrollo como adquisición de principios o comprensión de presupuestos, la metodología de dilemas y la indagación de historias narrativas de mayor complejidad (Yáñez Canal, J., 2004).

Una salida a los impasses es considerar los juicios éticos bajo otra perspectiva que la de la justicia, lo que permitiría incorporar en el estudio de la moral la comprensión de la diferencia. Así, surgen los estudios de Carol Gilligan (1982, 1985) proponiendo una interpretación de las diferencias sexuales, sobre la base de una orientación moral llamada “ética del cuidado y de la responsabilidad”. A continuación, se pasa revista a este último aspecto, concerniente el papel de las diferencias de género.

Esta autora –que, como Kohlberg, deriva de principios universales sus criterios para el estudio del desarrollo moral de los individuos– considera a la benevolencia y al bienestar como categorías a proponer como ideal ético, equivalente a la categoría de justicia propuesta por el primer autor, e insertas en las relaciones entre individuos particulares, frente a la perspectiva kohlberiana de individuos autónomos en los cuales está ausente el vínculo entre éstos. Esta orientación moral incluye, además, las nociones de responsabilidad y de no-violencia como criterios fundamentales del juicio.

De esta manera, la orientación propuesta por Gilligan introdujo el debate sobre la diferencia de los sexos en el razonamiento moral y una serie de estudios empíricos que buscan establecer tales diferencias de género respecto del razonamiento moral, lo que excede en mucho las pretensiones de esta reseña pero que no puede dejar de citarse por cuanto contribuye decisivamente a conceptualizar la diferencia femenina, y a abrir el esquema kohlberiano de los juicios morales –restringidos al campo de la equidad y de la justicia– al planteo de una ética de la responsabilidad que descansa sobre el concepto de justicia distributiva.

Como se dejó asentado más arriba, para una teoría estructural genética como la de Piaget y Kohlberg, no es muy relevante considerar las diferencias en el desarrollo en términos de variaciones culturales, sociales, educativas o de género, las cuales sólo son consideradas en términos de su rol facilitador u obstaculizador de la secuencia prevista. Las diferencias en el desarrollo entre individuos son más bien temporales, es decir, respecto del tiempo que le insume atravesar los estadios, dentro de una sucesión establecida en términos universales y que se ordena en una línea que va desde lo más concreto a lo más abstracto, de lo más simple a lo más complejo, en este caso acercándose al ideal propuesto como final del razonamiento moral (autonomía moral) o bien alejándose de éste al quedarse limitados a una forma de razonamiento insuficiente y egocéntrico, o susceptible a la influencia de otros o a la de relaciones particulares (heteronomía).

Según Gilligan, una psicología que considera el desarrollo bajo la perspectiva de la autonomía de los individuos y descuida la función del vínculo entre los mismos, aunque conciba el progreso como dirigido a la igualdad y la recíproca consideración, se arriesga a conducir a la moral a un proceso de extrañamiento. Su ética del

cuidado contrarresta este peligro, puesto que se plantea la búsqueda del bienestar de personas concretas (las que habrían de ser afectadas por las decisiones morales): mis hijos, mis vecinos, las generaciones por venir, etc., todos aquellos de los que no cabe esperar un trato recíproco, y que representan un aspecto novedoso que una teoría moral debería tener en cuenta. Esta consideración de los otros, en términos de su bienestar, por parte de un agente que evalúa a sus semejantes dentro de un contexto específico, los intereses y puntos de vista de éstos, así como las consecuencias de cualquier decisión moral, incluye, pues, necesariamente a la responsabilidad como un componente esencial del juicio moral. Se trata, pues, de una ética que aspira al equilibrio en las relaciones interpersonales sin ocasionar ningún perjuicio a ninguno de los individuos ni a sus relaciones.

El planteo acerca de otras orientaciones morales que la de la justicia como única orientación no dejará de impactar en el modelo de desarrollo que se desprende de la teoría estructural-evolutiva, afectando las nociones de estadio y de direccionalidad del desarrollo, fundamentales tanto en Piaget como en Kohlberg. En efecto, cuestionada la idea de un desarrollo finalista basado en una sola orientación moral, ello pone en jaque la concepción del desarrollo descrito en términos de *estadios* caracterizados por estructuras totales y ordenados en una secuencia de que va de un estado de menor a mayor capacidad de abstracción y de formulación de juicios universales.

Es claro que si se cuestiona la idea del final de desarrollo representada en una sola orientación moral y se propone otra concepción de lo moral, necesariamente habrá de cuestionarse la visión del desarrollo en estadios caracterizados por estructuras totales y ordenadas en un esquema secuencial de menor a mayor capacidad de abstracción y de realización de juicios imparciales y universales.

Investigaciones citadas por Yáñez Canal que este autor no ha tenido a su alcance demostrarían que, en edades tempranas (preconvencionales, inclusive), hay logros que Kohlberg atribuía a conquistas más avanzadas del desarrollo: entonces, si en el desarrollo de la noción justicia no se atraviesa por un estadio de heteronomía, o si en el desarrollo no surgen diferencias en cuanto al carácter universal de ciertas normas, no se podría seguir sosteniendo que el desarrollo moral se da por cambios cualitativos, o como un proceso hacia formas universales libres de intereses egoístas y determinaciones particulares.

Para otros autores, como Rorty, el desarrollo moral consiste –más que en un aumento de la racionalidad o en un progresivo decrecimiento de la influencia de los otros– en una ampliación de las esferas de la “sensibilidad”, que haría a los miembros de una comunidad más atentos a las necesidades de los demás.

De acuerdo a esto habría que entender el progreso moral en el sentido de un progresivo crecimiento de la sensibilidad y de la receptividad hacia las necesidades de un siempre mayor número de personas y de cosas. Incluso, como los pragmatistas entienden el progreso de la ciencia habrá de entenderse el progreso de la moralidad. El desarrollo del conocimiento no está dado como una progresiva clarificación de la naturaleza interna de la realidad escondida tras un velo de las apariencias, sino como la creciente capacidad de reaccionar a las demandas de un mayor número de personas... de la misma manera se entiende el progreso moral como el desarrollo de una capacidad que permita contemplar un cada vez más

amplio número de personas como semejantes (Rorty, 1994, cit. en: Yáñez Canal, J., 2004).

Rorty entiende el desarrollo del conocimiento no como un acercamiento a la verdad, sino como un desarrollo de la capacidad de justificación, como una variación, reformulación, o transformación de determinadas presuposiciones de una comunidad particular; en definitiva, se entiende el desarrollo en términos de retórica (es decir, en términos de un acto de convencimiento dependiente de una serie de presuposiciones compartidas por una comunidad). Si el desarrollo del conocimiento es un proceso de enriquecimiento o de variación de determinadas presuposiciones, lo mismo sucede con desarrollo de la moral en la historia humana. En este sentido, se trata de la variación de las virtudes que habrán de evaluarse como morales y significativas y, particularmente, en la ampliación del concepto de *semejante* y del significado de quienes son merecedores de mi respeto y mi atención, lo que es evidente que ha variado –en el sentido de la ampliación de un círculo más vasto de los individuos merecedores de mi consideración– a través de la historia.

Pero estos nuevos modelos formulados para comprender el desarrollo moral (además del de Rorty, el de Dreyfus, también citado por Yáñez Canal) *no tienen suficiente apoyo empírico*. O bien, otros estudios, como los de Turiel (1983) y los de Keller & Edelstein (1986), citados por Yáñez Canal (2004), ofrecen *resultados que contradicen aspectos de la teorización de Kohlberg pero no afectan decisivamente la consistencia de ésta*, que sigue siendo hoy el modelo preferido que se aplica en diversos ámbitos.

En efecto, la teoría de Kohlberg encontró campo propicio para su aplicación en el terreno de la educación, particularmente la educación moral. Es característico de este enfoque aplicado a los objetivos de la educación formal relacionar desarrollo moral con edad y escolaridad. Así, por ejemplo, los estudios ya citados de Bonifacio Barba (2000), de la Universidad Autónoma de Aguascalientes, sobre razonamiento moral de principios (postconvencional) en estudiantes de nivel medio y bachillerato en el Estado de Aguascalientes (México), con una muestra de más de mil alumnos, aplicando el *Defining Issues Test* de James Rest, para conocer su grado de avance en la moral postconvencional, comparando a los resultados con otras variables personales, sociales y educativas

También el modelo de discusión de dilemas morales como método de aprendizaje ético encuentra su primer soporte en la obra de L. Kohlberg, siendo aplicado en México a partir de la innovación curricular en educación primaria y secundaria, con los cursos de formación cívica y moral dentro del Curriculum obligatorio. Asimismo, en la Universidad de Monterrey se adoptó este modelo para los cursos de Ética (Espinosa González, 2003).

En mucha menor medida, es dable encontrar algunos trabajos actuales (desde el año 2001 a la fecha) aplicados al estudio de la delincuencia juvenil, como el trabajo de Aguirre Dávila *et al.* (2001).

En lo concerniente a la especialidad del autor de este estudio, las publicaciones del Anuario de Psicología Jurídica, del Colegio Oficial de Psicólogos de España, se puede encontrar numerosas contribuciones al tema de la justicia juvenil en los veinte años de existencia que tiene esta publicación; no obstante, **casí no se encuentra referencia alguna al desarrollo moral aplicado en general, ni a los planteamientos de Kohlberg en particular.**

Particularmente en esta publicación, sólo consta el trabajo de Retuerto Pastor, A., Pérez Delgado, E. y Mestre Escrivá, M. V. (2004) sobre *Relación entre razonamiento moral, razonamiento prosocial y empatía*, ya indicado en el capítulo 1 de esta tesis.

Puede hoy convenirse que la teoría de Kohlberg es restringida, y reconocerse la existencia de otros elementos fundamentales en el desarrollo moral (como la acción moral, el papel de las emociones y las actitudes, y la coordinación entre razonamiento moral y conducta moral) además del aspecto cognoscitivo del juicio o razonamiento. Por otra parte, los temas del conocimiento social (la cognición social, el conocimiento de los otros, el juicio moral), son campos de la psicología del desarrollo que hoy están siendo reconceptualizados, a partir de su entrecruzamiento con otros campos y debates, desde donde se están llevando a cabo otros enfoques del tema que quizá aporten a los atolladeros que se verifican en la discusión teórica dentro de este campo de problemas.

Pero es dable considerar que la teoría de Kohlberg mantiene su vigencia: es una adecuada descripción cognitivo-evolutiva de la formación de la personalidad moral, en lo que, innegablemente, se incluyen otros factores pero sin poderse reducir a ninguno de ellos. Kohlberg proporciona una compleja descripción de la ontogénesis de la moralidad, por medio de una descripción aceptable de los diferentes estadios, que coincide con la observación de ciertas actitudes y juicios morales. **Y, lo que es más importante para los objetivos de este estudio, su énfasis en la orientación del juicio moral hacia una noción de justicia, es decir, hacia las relaciones de libertad, igualdad, reciprocidad y contrato entre personas, proporciona elementos empíricos con los cuales objetivar la capacidad psíquica en cuestión.**

4.2. LA TEORIA PSICOANALÍTICA SOBRE LA CONCIENCIA MORAL

“A la alternativa o conciencia o estructura hay que contestar, pienso, optando por la estructura. Pero no es tan fácil, y es preciso al mismo tiempo no prescindir de la conciencia (esto es, del fundamento del acto moral y del compromiso político).”

Masotta, Oscar. *Conciencia y estructura* (portada).

La puerta de entrada a la teoría psicoanalítica en el abordaje de la cuestión en este estudio –la de la responsabilidad moral– será el tratamiento de una noción poco trabajada desde esta teoría: la de *conciencia moral*.

Esta es una noción que cabe recuperarse para la teoría psicoanalítica: en efecto, no parece que los psicoanalistas se hayan ocupado demasiado de la instancia moral, a menos que se la identifique a ésta, sin más, con aquella “constelación estructural” que es el *superyó*. Parece encontrarse, en Freud mismo, cierta toma de distancia de esta noción que, junto con la observación de sí y la función del ideal son las tres funciones ubicadas en la instancia superyoica.

De dicho cuerpo teórico, es posible extraer un conocimiento sobre los **fundamentos de la constitución del juicio y la acción morales**, elementos estos

los más comprometidos no sólo en el objeto de este estudio, sino también en el llamado psicópata. En otro orden de cosas, más allá de la antisocialidad, se tiene la impresión de que la transferencia del conocimiento obtenido de la investigación psicoanalítica a los problemas en los que está en juego el dilema moral está aún por realizarse. Y que dicha empresa no podrá prescindir del recurso a la conciencia como fundamento del acto moral, de ahí la cita a Masotta.

Esto implica una delimitación precisa y una elección –en cierta forma– metodológica:

Primero: *la relación entre superyó y conciencia moral no permite confundir ambos términos*, es necesario mantener la distinción que opera Freud y mantiene Lacan.

Segundo: se postulará que *la conciencia es sede del acto moral*.

El superyó es caracterizado por Lacan como un “más allá” de la conciencia moral, un saldo de la operación constitutiva del sujeto en el universo simbólico por la “intrusión” del significante, cuya “opresión insensata”, si bien permanece en la raíz de los imperativos motivados de la conciencia moral (Lacan, J., 1948, p. 109), no guarda relación con esta ley normativizante:

La interiorización de la Ley (...) nada tiene que ver con la Ley (...). Es posible que el superyó sirva de apoyo a la conciencia moral, pero nada tiene que ver con ella en lo que concierne a sus exigencias más obligatorias. *Lo que exige no tiene nada que ver con aquello que tendríamos derecho a hacer la regla universal de nuestra acción* (Lacan, J.1959, p. 365. Las cursivas son nuestras).

La deriva de este trabajo se orientará, además, por la necesidad de fundamentar una noción como la de *responsabilidad*, de clara resonancia ética y, además, uno de los puntos de entrecruzamiento que atañen a la relación entre derecho y psicoanálisis, por el que es posible la introducción de la dimensión subjetiva en el orden dogmático del derecho (Gerez Ambertín, M., 1999b). Empresa que, tal como lo señaló Jacques Lacan (1951: 119) en su momento, tiene todavía pendiente un *análisis teórico de la noción de responsabilidad*, que funde cualquier afirmación sobre la responsabilidad penal o civil de aquellos sujetos cuyo lugar en el Derecho (por no decir: su *no ha lugar*) es, por lo menos, problemático: menores, psicóticos, psicópatas.

Por último, se considerará el caso del «delincuente por sentimiento de culpa» por lo que expresa de una estructuración subjetiva y una relación con la Ley que es propia del carácter neurótico. Éste, el “pálido delincuente”, es precisamente aquél para el que se ha hecho la ley penal –tal como expresa Freud en “Los que delinquen...” (1916)–. En otro grupo queda el delincuente por deficitaria conciencia moral: aquél que comete delitos sin sentimientos de culpabilidad, y que parece corresponder al conjunto que circunscribe a la psicopatía como entidad clínica.

A. Coordenadas Freudianas

Como se planteó más arriba, la noción freudiana que parece operatoria para interpretar los hechos psíquicos en los que entra en juego el juicio moral es la *conciencia moral*. Se tomarán estas referencias a partir de un momento de la

construcción teórica freudiana (sin desconocer que aquéllas se pueden remontar a la “mala conciencia oprimente” de sus primeros casos publicados en 1895): el de la *Introducción del narcisismo* (1914). A esta altura, Freud plantea que las

...mociones pulsionales libidinosas sucumben al destino de la represión patógena cuando entran en conflicto con las representaciones culturales y éticas del individuo. Nunca entendimos esta condición en el sentido de que la persona tuviera un conocimiento meramente intelectual de la existencia de esas representaciones; supusimos siempre que **las acepta como normativas**, se somete a las exigencias que de ellas se derivan. (Freud, S., 1914: 90. El destacado es del autor).

Volviendo a la *Introducción del Narcisismo*: “La represión (...) parte del yo; podríamos precisar: del respeto del yo por sí mismo”. Freud, que a esta altura (1914) todavía no ha forjado la noción de superyó, propone que: “La formación del ideal sería, de parte del yo, la condición de la represión” (Freud, S., 1914: 90).

El planteo del *ideal* –la construcción de la noción freudiana del *ideal del yo*– se constituye como una contribución al análisis de las “funciones superiores” del individuo (es decir, la moral: las “representaciones culturales y éticas” del sujeto) a partir del trabajo sobre una interpretación psicoanalítica de la paranoia y el planteo de una *fijación narcisista* en la explicación del cuadro psicopatológico. El *yo ideal* es aquel objeto psíquico sobre lo que recae el amor de sí mismo de que gozó en la infancia el “yo real”, por un operación que explica el trocamiento del narcisismo infantil en “veneración de un elevado ideal del yo” (Freud, S., 1914: 91). Más abajo, expresa que

No nos asombraría que nos estuviera deparado hallar una instancia psíquica particular cuyo cometido fuese velar por el aseguramiento de la satisfacción narcisista proveniente del ideal del yo, y con ese propósito observase de manera continua al yo actual midiéndolo con el ideal. Si una instancia así existe, es imposible que su descubrimiento nos tome por sorpresa; podemos limitarnos a discernir sus rasgos y nos es lícito decir que lo que llamamos nuestra conciencia moral satisface esa caracterización (Freud, S., 1914: 92).

La constitución de la conciencia moral tiene lugar, pues, por una “encarnación (sic) de la crítica de los padres, primero, y después de la crítica de la sociedad” (Freud, S., 1914: 93), cuyo imperativo comanda la función del ideal del yo.

Algunas precisiones se encuentran en *Tótem y tabú* (1913). En esta obra Freud establece la hipótesis que relaciona el tabú con la conciencia moral. En el original alemán, el término *Gewissen* equivale a «conciencia moral», pero la raíz *Wissen* (saber) estimula en Freud esta observación:

En efecto, ¿qué es conciencia moral? Según el propio lenguaje lo atestigua, pertenece a aquello que se sabe con la máxima certeza {*am gewissesten wissen*}; en muchas lenguas, su designación apenas se diferencia de la de “conciencia” {*Bewusstsein*} (Freud, S., 1913: 73).

Freud alude a que *Gewissen* tiene su raíz en *Gewiß* (adj.: cierto, seguro, “aquello que se sabe con máxima certeza”). Mientras *Bewusstsein* se refiere más bien al sentido psicológico del vocablo castellano (*conciencia* en tanto que percatación de un contenido interno o reconocimiento de algo externo), *Gewissen* alude a la segunda acepción del mismo vocablo, es decir, su sentido moral de conocimiento del bien y del mal. En castellano, el mismo término («conciencia») encierra las dos

acepciones: la acepción cognoscitiva y la acepción moral. Mientras que en el idioma alemán, términos distintos se refieren a los dos sentidos, de ahí la observación etimológica de Freud.

Señala, además, que no hay que confundir conciencia moral con *conciencia de culpa* {*Schuldbewusstsein*):

Conciencia moral es la percepción interior de que desestimamos determinadas mociones de deseo existentes en nosotros; ahora bien, el acento recae sobre el hecho de que esa desestimación no necesita invocar ninguna otra cosa, pues está cierta {*Gewiß*} de sí misma. Esto se vuelve todavía más nítido en el caso de la conciencia de culpa {*Schuldbewusstsein*}, (que es) la percepción del juicio adverso interior sobre aquellos actos mediante los cuales hemos consumado determinadas mociones de deseo (...) quien tenga conciencia moral no puede menos que registrar dentro de sí la justificación de ese juicio adverso y la reprobación de la acción consumada (Freud, S., 1913: 73).

Es dable encontrar, pues, la siguiente distinción: *conciencia moral* es un juicio (adverso) {*Verurteilung*}, algo que es del orden de un saber mientras que la *conciencia de culpa* es el conocimiento y percepción (afectiva) del juicio adverso recaído sobre el acto *ya* consumado, de facto o en el pensamiento. Si bien esta última posee la cualidad de un afecto, más precisamente de la angustia (*angustia de la conciencia moral*), participa además del registro simbólico en la medida en que entraña un saber.

Posteriormente, en *El malestar en la cultura*, Freud se va a referir a “los dos grados {o estadios, si se opta por una interpretación psicogenética}” del desarrollo moral: la impropriamente llamada “mala conciencia” angustiosa, o “conciencia de culpa”, que es la propia del niño pequeño (“tensión entre el yo y la autoridad externa”), es un *primer grado o estadio* del desarrollo moral. El cambio importante sobreviene:

...cuando la autoridad es interiorizada por la instauración de un superyó. Con ello los fenómenos de la conciencia moral son elevados a un nuevo grado {estadio}; (...) únicamente entonces corresponde hablar de conciencia moral y sentimiento de culpa. En ese momento desaparece la angustia frente a la posibilidad de ser descubierto, y también, por completo, el distinguo entre hacer el mal y quererlo; en efecto, ante el superyó nada puede ocultarse, ni siquiera los pensamientos (Freud, S., 1930: 121).

Cuando este sentimiento de culpa, “variedad tópica de la angustia”, en sus fases más tardías coincida enteramente con la *angustia frente al superyó*, sólo en casos particulares se impondrá a la conciencia –como en la neurosis obsesiva– pues tendrá, en la mayoría de los casos, el carácter de ser inconsciente; por lo que corresponde hablar de *sentimiento [inconsciente] de culpa* antes que de “conciencia de culpa”. En tanto inconsciente, su manifestación más patente es la *necesidad de castigo* (Freud, S., 1930: 131; y 1933:101).

A esta altura de la construcción de la teoría, Freud ya ha propuesto una primera diferenciación, lo que impone distinguir entre una instancia psíquica como es la conciencia (o *conciencia moral*, inclusive), por un lado; y una expresión afectiva que puede acompañarla, caracterizada como angustia o *sentimiento de culpa*, por otro.

Será con la introducción de su segundo esquema tópico tripartito del aparato psíquico, en el que particularmente una de las funciones del sistema *Cc-Prcc*, la observación de sí (especie de subrogado de la conciencia moral, que junto a la censura y al examen de realidad integraban este sistema), cobra especial relevancia como instancia no tanto ya al servicio del ideal, sino admonitoria o *interdictora*. Las nociones citadas van tomando ya entidad conceptual:

Hemos atribuido al superyó la función de la conciencia moral, y reconocido en el sentimiento de culpa la expresión de una tensión entre el yo y el superyó. El yo reacciona con sentimiento de culpa (angustia de la conciencia moral) ante la altura de los reclamos que le dirige su ideal, su superyó (...) (Freud, S., 1924).

Este párrafo pertenece a “El problema económico del masoquismo” (1924), donde, por otra parte, Freud propone emplear el término de *necesidad de castigo* para referirse al *sentimiento inconsciente de culpa*:

Ahora el superyó, la conciencia moral eficaz dentro de él, puede volverse duro, cruel, despiadado hacia el yo a quien tutela. De ese modo el imperativo categórico de Kant es la herencia directa del complejo de Edipo (Freud, S., 1924: 173).

Ya en 1923, en la medida en que Freud debió reformular su concepción tópica del aparato psíquico, la idea del yo como escindible en el curso de sus muchas funciones le había impuesto la noción de una nueva instancia de la personalidad psíquica, con la que mantiene el principio de la descentración del sujeto. El delirio de observación, respuesta a la voz alucinada que experimenta el psicótico, le proporcionó a Freud la idea de una *instancia observadora del resto del yo* (Freud, S., 1923: 30), separada de éste y presente de manera regular dentro de la estructura de la personalidad –y no sólo en los cuadros psicóticos–.

Ahora bien, Freud se niega a considerar que esa instancia sea, sin más, la conciencia moral; prefiere considerar a ésta como una *función* dentro de aquélla autónoma:

...nuestra postulación del superyó describe real y efectivamente una constelación estructural, y no se limita a personificar una abstracción como la de la conciencia moral (Freud, S., 1933a: 60).

(...) Ya el contenido del delirio de observación sugiere que el observar no es sino una preparación del enjuiciar y castigar (Freud, S., 1933a: 54).

Observación de sí, conciencia moral e ideal son las tres funciones que Freud asigna al superyó.

Entonces, Freud plantea –dentro de esta «constelación estructural» del superyó– la función de una instancia crítica, que inhibe los actos del sujeto o que produce remordimiento, y que se mantiene escindida del Yo. Está en el centro, pues, de la cuestión moral tal como ésta puede darse en el psicoanálisis, pero no subroga a nociones filosóficas o religiosas como el imperativo categórico kantiano o la conciencia moral. Justamente porque el superyó es presentado como una “constelación estructural” compuesta de una serie de instancias diferenciadas es que no se trata simplemente de una nueva abstracción filosófica personificada de la conciencia moral. Ésta, sin embargo, no dejará de ser tratada por Freud, aunque

bien que manteniendo el principio de la escisión del sujeto –es decir, definitivamente por fuera del núcleo del yo–.

Es posible hallar otras referencias freudianas que permiten sostener que **esta función superyoica de la conciencia moral tiene un carácter susceptible de ser instrumentado por el proceso secundario**, es decir, de ser sometido a un trabajo de pensamiento: **La conciencia moral es, pues, una función superyoica cuyo cometido es el observar y enjuiciar las acciones y propósitos del yo. Función de censura que es regularmente acompañada por su correlato afectivo, el sentimiento de culpa.**

Entonces, una atenta lectura de los textos freudianos tras la pesquisa de la génesis de esta noción de *conciencia moral* impone una primera diferenciación: por un lado, una *función o instancia psíquica* de la que se tomará uno de sus aspectos por ser relevante a los fines de este estudio: el de ser una función eminentemente **judicativa**; y por el otro lado, el sentimiento de culpa como su expresión afectiva –en tanto *angustia de la conciencia moral*–.

Freud plantea que discernir lo malo como reprobable, como algo que no debe ejecutarse, y cuya ejecución o propósito acarrea la consecuencia de la culpabilidad (“estar en pecado”), presupone la previa distinción entre lo malo y lo bueno –lo que no responde, evidentemente, a una capacidad natural u originaria:

(...) aquí se manifiesta una influencia ajena; ella determina lo que debe llamarse malo y bueno. (...) Librado a la espontaneidad de su sentir, el hombre no habría seguido ese camino; por tanto, ha de tener un motivo para someterse a ese influjo ajeno. Se lo descubre fácilmente en su desvalimiento y dependencia de otros; su mejor designación será: angustia frente a la pérdida de amor (...). Por consiguiente, lo malo es, en un comienzo, aquello por lo cual uno es amenazado con la pérdida de amor; y es preciso evitarlo por la angustia frente a esa pérdida. De acuerdo con ello, importa poco que ya se haya hecho lo malo, o sólo se lo quiera hacer; en ambos casos, el peligro se cierne solamente cuando la autoridad lo descubre, y ella se comportará de manera semejante en los dos (Freud, S., 1930: 120).

En el cambio de la “mala conciencia” angustiosa, o “conciencia de culpa” del niño pequeño –descrita como “tensión entre el yo y la autoridad externa”, *primer grado* {o estadio} del desarrollo moral–, a la instauración de la *conciencia moral* como un *nuevo grado* {estadio} que se acompaña de su correlato afectivo –el sentimiento de culpa, variedad tópica de la angustia–, Freud no deja de constatar una peculiaridad en este segundo grado del desarrollo, ajena al primero: *la conciencia moral se comporta con mayor severidad cuanto más virtuoso es el sujeto*. Pero, ¿qué es lo que refuerza a la conciencia moral bajo el influjo de la renuncia impuesta?

Se ha visto que la angustia frente a la autoridad externa (“grado infantil, originario, de la conciencia moral”) es causa de la renuncia de lo pulsional por la angustia ante la pérdida del amor de dicha autoridad exterior (donde pérdida del amor y agresión de la autoridad son temidas por igual); pero esa relación se invierte después, una vez instaurada la autoridad interna y su correlato afectivo, la angustia de la conciencia moral (aquí, igualación entre mala acción y propósito o intención malos): *cada renuncia de lo pulsional deviene en fuente dinámica de la conciencia moral, cada nueva renuncia aumenta su severidad.*

La “tesis paradójica” que forja el psicoanálisis es la siguiente: la conciencia moral es consecuencia de la renuncia de lo pulsional impuesta desde fuera (desde una *alteridad*, según se vio: “desvalimiento y dependencia de otros”); de otro modo, la renuncia de lo pulsional crea –y no es consecuencia de– la conciencia moral, que después reclamará sucesivas renunciaciones (Freud, S., 1930: 124).

Esta “tesis paradójica” –es decir, el planteo de que la renuncia de lo pulsional es *causa de* la conciencia moral– se aclara confrontándola con un texto freudiano anterior a *El malestar de la cultura: La negación*, de 1925: **En tanto instancia judicial, la función de la conciencia moral implica un *decir no*.**

Debe considerarse acá lo que Freud llama *Verurteilung* o *Urteilsverwerfung*, términos considerados por él como sinónimos, y que se traduce como *juicio de condenación* en la edición traducida por Ballesteros y *juicio adverso* en la de Amorrortu traducida por Etcheverry: “*El juicio adverso es el sustituto intelectual de la represión*” (Freud, S., 1925: 254) –es decir, una operación destinada al dominio de la pulsión, de un grado más elevado que la huida (ante el peligro externo) y que la represión (ante un peligro interno)– un *decir que no* por el cual el sujeto se prohíbe la realización de un deseo. En su artículo sobre la negación Freud despliega algo más que una recomendación técnica sobre cómo interpretar cierto estilo discursivo por el cual el analizante admite algo de lo reprimido a condición de ser negado: está presentando los esbozos iniciales de una teoría inacabada sobre el *origen de la función del juicio*. Allí plantea que la constitución de la actividad judicial (y, más ampliamente, de la función intelectual) se hace posible por la creación del símbolo de la negación, al permitirle al pensamiento independizarse respecto de las constricciones del principio del placer y de las consecuencias de la represión (Freud, S., 1925: 257).

La (de)negación (*Verneinung*), que supone un alzamiento de la represión (aunque no una aceptación de lo reprimido) señala la disyunción entre la función intelectual y los procesos afectivos. Pero no es idéntica a la oposición de lo negativo y lo afirmativo. *Afirmar* algo implica una *negación de una aserción que sería su contrario* (de la afirmación). Toda afirmación es, pues, una negación implícita; por lo que, si se quiere expresar un juicio negativo, conviene añadir una *segunda negación*.

Se tiene, pues, dos niveles de la negación: uno, correlativo de la existencia del significante como tal; otro, articulado a la significación de un conjunto discursivo.

En el primer nivel, se trata de una operación lógica que introduce al sujeto en el orden simbólico por medio de la negación de lo real, la cosa en sí, dando lugar a la representación de palabra (pero insuficientemente, ya que la universalidad del concepto no agota la singularidad del objeto, lo que introduce la necesidad de puntuación, corte, escansión). La negación posibilita una lógica de opuestos, es decir, el acceso al orden simbólico, a partir de la cual un significante se define en tanto opuesto a otro significante.

En el segundo nivel, *decir no* supone un juicio, pero es, a la vez, *índice de la función paterna*. Pero la lectura de sus obras de 1923 y de 1930, desde las coordenadas que ofrece el fulgurante boceto de 1925, permitiría concebir a **la negación como condición de existencia del sujeto** –tesis trabajada por Gérard Pommier (1985)– en el sentido de que la interdicción del padre sobre el goce, reducida a decir no al goce de la madre, abre a una existencia del sujeto sostenida desde entonces en un deseo cuya realización permanecerá insaciada. Y no se trata

de otra entidad que una negación sintáctica que afecta al cuerpo léxico del Otro, “limitando la asociación verbal e imponiendo la formación de una frase que quiera decir algo, algo distinto de gozar. Construir una frase gramaticalmente bien formada da ya la estructura de Edipo y significa la castración” (Pommier, G., 1985: 7).

En términos de Pommier:

(...) el Otro presenta la particularidad de que está constituido por un conjunto de signos del lenguaje, y estos se definen en principio el uno mediante el otro. Cada uno de ellos se define por los términos que se le oponen, y ninguno puede definirse a sí mismo. Tal remisión indefinida de signo a signo caracteriza al significante. Cada significante para poder decir algo reclama al menos otro significante para formar el par mínimo que constituye una frase. Esta remisión infinita de término a término tiene un principal inconveniente: no permite de ningún modo definir un ser. Desde el punto de vista del conjunto abierto de significantes que constituyen al Otro, el Ser queda a la espera, como alma en pena. Lo que la madre pide permanece oscuro... (Pommier, G., 1985: 6).

Puesto que la madre –ese primer Otro del lenguaje que ésta encarna y que da su estructura significativa a la necesidad, estableciendo así su relación con la demanda y el deseo– desde la lógica psicoanalítica no es sino un conjunto de signos del cual depende el enigma del ser, y puesto que el ser busca su definición allí donde fue deseado, la pregunta por el ser –la cuestión óptica del psicoanálisis– queda supeditada con la de las condiciones que deben cumplirse para satisfacer el goce.

Entonces, la posibilidad de emitir un juicio queda supeditada al poder «*decir que no al goce*», negación por la cual queda limitado el encadenamiento infinito de los significantes que constituyen el Otro materno, y que es el índice del padre, es decir, de la función paterna.

Se hace evidente, pues, la clase de lugar común que es posible encontrar entre diversos autores consultados, que plantean que Freud introdujo la noción de superyó como una instancia psíquica

(...) que se formaría como resultado de una interiorización de la imagen paterna, a través del cual se incorporarían los modelos sociales, las exigencias que la sociedad plantea al individuo, y el respeto a las normas que cuando no se cumplen va acompañado de remordimientos (MARCHESI, A., 1984: 351).

¿Agota este planteo todo lo que la contribución freudiana viene a aportar a una moderna teoría del sujeto? ¿Se trata de una internalización, en el sentido de la teoría vigotskiana del desarrollo, por ejemplo, o de un aprendizaje social en el sentido del conductismo de tercera generación?

Lo que los autores por lo general descuidan, en el comentario que suele hacerse de la constitución del superyó como resultado de una “interiorización”, es que dicho proceso pierde sus referencias más sólidas cuando se lo desvincula de la teoría lacaniana de la *identificación*, infrecuentemente tratada por los comentaristas. Y, empero, cuando se la articula, ello es en los términos de una *vulgata* psicoanalítica en extremo simplificadora, reducida a pensar la identificación en términos de

interioridad-exterioridad, la “interiorización de la imagen paterna” destacada por Marchesi en la referencia citada más arriba.

Como señala Roberto Harari, ese reduccionismo

involucra la idea de un espacio intuitivo elemental, homogéneo, geométrico euclidiano: la idea de que en la identificación se trata de hacer interno algo externo, de tornar psíquico algo extrapsíquico. Hay entonces una referencia a la interioridad, a algo que, siendo externo, se internaliza (Harari, R., 1985: 116 y ss.).

Es necesario, para destituir este obstáculo del sentido común, introducir una serie de referencias que son necesarias dejar balizadas; las mismas que Harari presenta en su trabajo, extrayéndolas de la lectura lacaniana: la definición del inconsciente como «*transindividual*»:

El inconsciente es aquella parte del discurso concreto en cuanto transindividual que falta a la disposición del sujeto para restablecer la continuidad de su discurso consciente (Lacan, J., 1953: 248).

Es decir, no como estrato “profundo” del aparato psíquico. Definición que es isomorfa a la caracterización freudiana de la «*psique extensa*» (Freud, S., 1938: 302).

Reducir lo psíquico al mundo interno –y aún más: postular una interioridad opuesta a la exterioridad– es una mera intuición propia del sentido común que hace obstáculo a pensar lo que una teoría del sujeto tributaria del descubrimiento del inconsciente impone: *el hecho de que el psiquismo tiene un carácter que trasciende los límites de la individualidad biológica y de nuestras propias representaciones o puntos de vista.*

Quizá, el término que convenga para dar cuenta del proceso al que se alude sea el de «*incorporación*», es decir, un proceso por el cual lo exterior deviene íntimo; y lo que se encarna *in-corpore* no es sino el significante que viene del campo del Otro. La formación del superyó como incorporación es un punto que Lacan trabaja en su seminario sobre las psicosis, y es una manera de interpretar esa *afirmación primordial* {*Bejahung*} aludida por Lacan (1954) en su respuesta al comentario de J. Hyppolite sobre el texto freudiano de “La negación” –y que no es otra cosa que la inscripción de la Ley, de la coacción que el inconsciente como ley (es decir, el *superyó*) ejerce sobre el sujeto. En palabras de Freud:

Nunca entendimos esta condición en el sentido de que la persona tuviera un conocimiento meramente intelectual de la existencia de esas representaciones; supusimos siempre que **las acepta como normativas**, se somete a las exigencias que de ellas se derivan (Freud, S., 1914: 90. El destacado es del autor).

En este aspecto, el autor de este estudio sigue las observaciones proporcionadas por el Dr. Orlando Calo –autor de una tesis doctoral aún inédita sobre *El sujeto y la ley: un estudio psicológico. De la relación libertad-responsabilidad* (2008)– para quien la constitución del sujeto moral debe conceptualizarse como uno de los efectos de la relación constituyente del sujeto con la ley, siendo ineludible en este punto la inclusión de conceptualizaciones psicoanalíticas: entre ellas, la operación de causación del sujeto descrita por Lacan en la dialéctica alienación-separación, por un lado, y por otro el par identidad-identificación, herramientas teóricas que

pueden dar cuenta de las relaciones constituyentes entre las instituciones y el sujeto (Calo, O., 2012, 2013).

B. Afirmación primordial y asentimiento subjetivo

Cuando Freud afirma que las mociones pulsionales sucumben al destino de la represión al entrar en conflicto con las “representaciones culturales y éticas del individuo”, y a continuación, agrega que no se trata de “un conocimiento meramente intelectual” de estas representaciones”, sino que “las *acepta como normativas*, (y) se somete a las exigencias que de ellas se derivan”, **parece proponer que la moral no es simplemente una experiencia de orden intelectual, una suerte de conocimiento adquirido que el sujeto aplicaría a las situaciones concretas –y conflictivas– de la vida.** Suponemos, dice Freud, que *las acepta como normativas*. **Se trata, pues, de que el sujeto recibe algo y, acogiéndolo, incorporándolo, queda obligado de forma vinculante.**

Hay, en este párrafo último citado de Freud, una densidad que hace necesario la introducción de otros operadores conceptuales para esclarecer sus alcances teóricos.

Como se vio en el comentario sobre “La negación” Freud conceptualiza la constitución del psiquismo (y del origen de la función intelectual del juicio) a partir de un primer momento o estadio inicial en el que las mociones pulsionales, en su dinámica de *inclusión dentro del yo o exclusión fuera del yo*, dan lugar a la polaridad afirmación-expulsión (*Bejahung-Ausstossung*), en la que la negación aparece como sucesora de la expulsión (*Ausstossung*).

Para Freud esta *Ausstossung* es, en términos estructurales, un rechazo fundante del juicio de atribución y del juicio de existencia. Y, como señalara Jean Hyppolite, en su “Comentario hablado sobre La Negación”, se trata en cierta manera de un mito acerca de la constitución del aparato psíquico: mito del afuera-adentro, cuando, de lo que se trata, siguiendo la respuesta de Lacan al comentario de Hyppolite, es un afuera-adentro de *lo simbólico*, resultado de la operación constituyente del sujeto.

Esta dinámica es la que a Jacques Lacan (1984), a la altura de su tercer Seminario (*Las Psicosis*, 1955-56), lo conduce a articular la afirmación primordial (*Bejahung*) y la *Verwerfung* (rechazo primordial o forclusión) como las dos caras de una operación que se halla en el origen mismo de la simbolización.

Lo que se incorpora, a nivel de este yo primitivo, forma parte de lo simbólico y constituye la representación; y lo que se expulsa –aquello que queda por fuera– pasa a constituir lo real: algo se inscribe y algo queda por fuera (es rechazado) respecto de lo atribuido. Esta **afirmación primordial** (*Bejahung*) es precedida por un *no* que posibilita la instauración de lo simbólico en el sujeto. Ambos momentos, de expulsión y afirmación, son lógicos: uno y simultáneamente el otro. Sobre esta pérdida se constituye, por medio de una afirmación primordial, la simbolización primitiva.

A esta admisión en lo simbólico es lo que Lacan la llama –siguiendo a Freud– *Bejahung* primordial, e implica una primera operatoria estructural de inscripción de significantes, significantes que son admitidos y significantes que se rechazan en lo simbólico. Ahora bien, según Lacan:

en lo inconsciente, todo no está tan solo reprimido, es decir desconocido por el sujeto luego de haber sido verbalizado, sino que hay que admitir, detrás del proceso de verbalización, una Bejahung primordial, una admisión en el sentido de lo simbólico, que puede a su vez faltar (Lacan, J., 1966: 530).

Como lo demuestran las psicosis, esta falta en el sujeto de *una parte* de la simbolización, en la que *algo* primordial en lo tocante al ser del sujeto no entra en la simbolización, *no por ser reprimido, sino por ser rechazado* (Lacan, J., 1984: 118) provoca un agujero en la significación. Este algo primordial es el significante que Lacan denomina *Nombre del Padre* que, o bien se inscribe en lo simbólico, o bien se rechaza: en el primer caso se trata de la neurosis, y en el segundo de la psicosis.

Ahora bien, esta operatoria no es mera combinatoria significativa que se genera en abstracto, como parecería entenderse de la afirmación lacaniana de que el sujeto es efecto del significante; sino que, en su constitución, se trata de las vicisitudes concretas del drama edípico en lo singular de cada individuo, la relación a una alteridad esencial que le otorga los significantes que lo engendran y lo designan como sujeto-del-inconsciente. Y donde el Nombre del Padre es soporte de la función simbólica que identifica la persona del progenitor con la figura de la ley, tal como surge de los estudios antropológicos de Freud –a partir de Tótem y tabú (1912)– que plantean la preponderancia acordada a su asesinato en la temática edípica. Por lo que el complejo de Edipo aparece como siendo el principio mismo de la cultura: “con la Ley y el crimen comenzaba el hombre” (Lacan, J., 1950: 122).

La inscripción de la ley, en esta operatoria, tiene otra resultante: la culpabilidad:

La inscripción de la ley delimita el contorno de lo prohibido y hace posible la conformación de la sociedad y las formas de la subjetividad. Por un lado hace posible el sostenimiento del lazo social en tanto regula ese lazo, pero como nada es gratuito, el don que otorga la ley deja como lastre una deuda y una tentación. Una deuda simbólica que es preciso pagar respetando la ley y de la cual el sujeto es responsable, pero también una tentación a trasponer los límites de lo prohibido, conformada como oscura culpa, oscuro goce (Gerez Ambertín, M., 1999b: 32).

Según esta autora, mientras lo inconsciente revela la división del sujeto entre el deseo por lo prohibido y el acatamiento a la ley que veda aquello, **la culpa es la marca de la ley que deja su rastro en el sujeto como falta, por la tentación que la causa.** Culpa que en el polimorfismo del síntoma neurótico aparece bajo formas variadas, como remordimiento, autorreproches, presentimientos de un infortunio inminente, como una desdicha interior continua e inexpiable, y que patentiza una relación estrecha con la *deuda* –la lengua alemana designa tanto a una como a otra con el término *Schuld*, y *schuldig* significa tanto culpable como deudor.

En tanto angustia ante el superyó, la conciencia culpable es expresión de una tensión entre el éste y el yo, resultado de dicho trazo de la ley y del lenguaje que se inscribe en cada sujeto por su constitución. Ley, lenguaje y orden simbólico son estructuras que preexisten a la llegada del sujeto al mundo, y demarcan desde un principio del campo de lo interdicto (Gerez Ambertín, M., 1999b: 37).

De lo que antecede, surge pues que esta “causalidad psíquica” del sujeto, su estructuración como sujeto del lenguaje y de lo inconsciente, es la condición de posibilidad de su inscripción dentro de un sistema simbólico-normativo que objetive la antijuridicidad de lo prohibido.

Ahora bien: ¿Cuál es el nexo de la culpabilidad con la responsabilidad?

En términos del diccionario de la lengua española (22ª edición), la responsabilidad es: 1) Cualidad de responsable; 2) *Deuda*, obligación de *reparar y satisfacer*, por sí o por otra persona, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal; 3) Cargo u *obligación moral* que resulta para alguien del posible yerro en cosa o asunto determinado; y 4) Capacidad existente en todo sujeto activo de derecho para *reconocer y aceptar las consecuencias de un hecho realizado libremente*.

En su tercera acepción, su significado como “cargo u obligación moral que resulta de un posible yerro” permite advertir el nexo entre responsabilidad y culpa. De la misma manera, su segundo sentido como “deuda u obligación de reparar” introduce la relación de la falta cometido con el castigo.

De estas acepciones, surge que la responsabilidad es la capacidad de una persona de *responder* por sus actos voluntarios, libremente realizados. Según J. Degano, la responsabilidad aparece como un espacio indelegable en el orden humano, fuera del orden natural, y, desde una perspectiva de filosofía moral, remite a las consecuencias de una acción por las que alguien puede responder (Degano, J., 2005: 235). Orden humano en el que la causalidad no es natural,

...rigiendo por ello la dimensión de la elección y la respuesta por la acción, por las que el sujeto “debe y puede responder”, en tanto que la dimensión responsable sólo lo es respecto de acciones (humanas) no de eventos (naturales).

Del mismo modo se puede reconocer que toda acción implica una intención (humana), no eventual, de lo que sigue que, al existir la plataforma – llamémosla subjetiva– no es posible entender la ausencia de respuesta o, lo que es lo mismo, no es posible entender la falta de responsabilidad en las acciones humanas.

De ello a su vez se desprende que toda responsabilidad es imputada, esto es, atribuida, siendo justamente ése el punto diferenciador en tanto que, como función, vincula el sujeto a otro: el lugar de la imputación (Degano, J., 2005: 235).

Pero este orden humano se caracteriza *no* por el principio de causalidad, que rige en el orden natural a las fuerzas ciegas de la naturaleza, sino por un principio que Kelsen (cit. por Degano) llama *de imputación*. La imputación es la relación entre la conducta humana (acción u omisión) y su consecuencia punitiva: imputable es quien es castigado por su comportamiento, es decir, aquel que puede ser responsabilizado; mientras que inimputable es el que, por la misma conducta, y por ser menor de edad o enfermo mental, no puede ser responsabilizado por ella, es decir, no se le imputa la conducta.

En este punto, Degano encuentra una dimensión de la subjetividad en relación a la referencia de un sujeto a otro que sostiene la acción de imputación de responsabilidad, con lo que esta dimensión se convierte en evidencia de la intersubjetividad (Degano, J., 2005: 237). Degano destaca lo que otros autores llaman *capacidad de respuesta* (Bustos Ramírez, J., 1999: 332-333), la que deviene en razón de su conciencia concreta dentro de una relación social concreta: *comportamiento es vinculación*; y esta capacidad de respuesta, que es una

dimensión constituyente de su naturaleza social, es la que se recoge en la cuarta acepción léxica citada más arriba: capacidad para reconocer y aceptar las consecuencias de un hecho realizado libremente. Con lo que, en esta dimensión intersubjetiva, la responsabilidad deviene inseparable de la exigibilidad, como dos caras de la misma moneda.

En psicoanálisis, esta capacidad excede al yo metapsicológico del sujeto (el yo-conciencia). En la medida en que el descubrimiento freudiano de lo inconsciente implica que la vida psíquica rebasa la conciencia del sujeto, *amplía la posibilidad de un sujeto de hacerse cargo de lo que desconoce que hizo o de lo que no tuvo la intención de hacer*. A la pregunta de Freud acerca de si debemos pedir cuentas al sujeto de sus tendencias inconscientes, al menos respecto de los contenidos del sueño, él mismo se respondió que sí: le cabe al sujeto asumir la responsabilidad por esos contenidos oníricos inmorales y antisociales, agregando que le cabe al jurista *“la tarea de instituir una responsabilidad artificialmente limitada al yo metapsicológico”* (*“La responsabilidad moral por el contenido de los sueños”*, *Obras Completas*, vol. XIX.).

Jacques Lacan, por su parte, y en relación a los actos criminales y su sanción, propone la siguiente equivalencia: *la responsabilidad es el castigo* (Lacan, J., 1950: 129).

Se trata de una afirmación que se funda en la noción de *asentimiento subjetivo*, otro nombre de la responsabilidad. Este asentimiento subjetivo otorga su significación no tanto al castigo como, fundamentalmente, al acto mismo, en tanto supone la asunción por parte del sujeto de su lugar en su propio acto, lo abona a su acto.

Ahora bien, el nexo para el pasaje de la punición a la responsabilidad, el asentimiento subjetivo al castigo, es la culpabilidad del sujeto. El asentimiento subjetivo implica la culpabilidad del infractor, que se hace responsable de su acto: es lo que anuda responsabilidad, culpabilidad y castigo. Como sostiene L. Camargo, sin este anudamiento, podrá haber culpables (inclusive, autores confesos, arrepentidos, etc.) o criminales, pero no sujetos responsables:

De modo que, la responsabilidad para el psicoanálisis podría equivaler al re-anudamiento (o conjunción, en los términos que utilizamos más arriba) entre autor y acto, es decir la implicación subjetiva del sujeto en sus actúes, o lo que es lo mismo, la apelación a sus posibilidades de “responder” por los mismos (Camargo, L., 2005: 121-122).

Pero este asentimiento subjetivo remite a otra cosa que a la aceptación, consciente o no, de su participación en un acto del cual el sujeto es actor. Se trata aquí, no del reconocimiento meramente exterior –por parte del infractor mismo– del carácter antijurídico de su acto y su consecuencia, la punición prevista por el Código. En efecto, el autor puede aceptar una responsabilidad jurídica y penal por el hecho imputable cometido, lo cual es bastante habitual en individuos bajo régimen de ejecución de pena privativa de libertad: una aceptación (formal) del reproche, supone, dará cuenta ante su juez-evaluador de su adecuación al régimen y de un incremento de su capacidad “para capacidad de comprender y respetar la ley” (objetivo “resocializador” de la pena, previsto por la Ley 24.660, en su art. 1º) que dé cuenta de que se encuentra listo para su “adecuada reinserción social”; pero en su fuero íntimo, el sujeto de la pena rechaza su responsabilidad subjetiva en el acto realizado.

Por el contrario, este asentimiento implica la confrontación del sujeto con la verdad que habita en su acto, verdad que es singular, aunque deba responder por ella a nivel social. Si bien la “causalidad psíquica” del sujeto indica que el hombre no es totalmente libre ni absolutamente dueño de sus actos, dado el orden de determinación inconsciente que lo rige, es responsable de una deliberación a la que no puede sustraerse, de una interrogación por su implicación en cada uno de sus actos.

Por esto, el texto de Lacan sobre criminología de 1950 (“Introducción teórica de las funciones del psicoanálisis en criminología”, en: *Escritos I*, Siglo XXI), es menos un estudio sobre la delincuencia que una interrogación sobre la función del crimen para pensar la clínica del sujeto: en sus propias palabras, “menos para decir nuestra contribución al estudio de la delincuencia (...) que para fijar sus límites precisos, y no ciertamente para propagar la letra de nuestra doctrina sin preocupación de método, sino para repensarla (...) en función de un nuevo objeto” (p. 118). En este objetivo, su introducción teórica no es un aporte a una psicopatología del crimen, sino una indagación del sentido de éste para el sujeto y la cultura. Y la pregunta por las razones del sujeto constituye la tarea del analista, “en la medida en que él posee una experiencia dialéctica del sujeto” (p. 131) por medio de la cual, en un diálogo con el analizante, podrá contribuir a leer la posición del sujeto en función de la batería de significantes en juego. Pero la confesión del delito no puede hacerle decir al sujeto aquello que no sabe. La confesión, el asumir la autoría de un delito, no es explicativa del delito.

C. Pálidos delincuentes y psicópatas

Freud no abordó a la psicopatía en tanto tal: basta rastrear el término en el “Índice alfabético de materias” del volumen XXIV de sus Obras Completas para verificar que no se encuentra ninguna entrada para la noción. Sólo indirectamente abordó el tema de la psicología del crimen como una consecuencia de su trabajo con la neurosis. En efecto:

(...) en sus comunicaciones sobre su juventud, en particular los años de la prepubertad, personas después muy decentes me informaron acerca de ciertas acciones prohibidas de que se habían hecho culpables entonces: latrocinios, fraudes y aun incendios deliberados. Yo solía desechar esas indicaciones diciendo que es bien conocida la debilidad de las inhibiciones morales en ese período de la vida, y no procuraba insertarlas dentro de una concatenación más significativa. Pero al cabo, a raíz de casos más claros y accesibles, en que los enfermos cometían tales faltas mientras se hallaban bajo mi tratamiento, o eran personas que hacía tiempo habían pasado su juventud, me vi levado a estudiar más a fondo esos sucesos. El trabajo analítico trajo entonces un sorprendente resultado: tales fechorías se consumaban sobre todo porque eran prohibidas y porque a su ejecución iba unido cierto alivio anímico para el malhechor. Este sufría de una acuciante conciencia de culpa, de origen desconocido, y después de cometer una falta esa presión se aliviaba (Freud, S., 1916: 338).

La cita que antecede forma parte del trabajo que, tal como comenta Strachey en su nota preliminar, echó una luz nueva sobre los problemas de la psicología del delito: nos referimos a “*Los que delinquen por conciencia de culpa*”, el tercero de los tres ensayos que integran “Algunos tipos de carácter dilucidados por el trabajo

psicoanalítico” (1916) y que sentó las bases de los futuros desarrollos a cargo de quienes fueron alumnos de sus primeros discípulos, los analistas de la segunda generación: August Aichhorn, Franz Alexander, Otto Fenichel, Theodore Reik.

Freud plantea allí la existencia de un paradójico *sentimiento de culpa* que es *preexistente a la falta*, que busca en el acto delictivo su purga, el alivio a su presión. Paradójico, en tanto que para una psicología comprensivista la conciencia de culpa sería la consecuencia de la falta cometida. A los sujetos en los que se verifica esta condición, los designa como “delincuentes por conciencia de culpa”.

Dos preguntas se desprenden de esto: ¿De dónde proviene ese “oscuro” sentimiento de culpa que es anterior al acto delictivo? Y ¿qué participación tiene dicho sentimiento en la generalidad de los casos criminales?

Para la primera pregunta, Freud no tiene dudas: el “oscuro” sentimiento de culpa (*preexistente* a una falta que, una vez cometida, alivia a aquél) tiene su fuente en el complejo de Edipo, como reacción a las dos tendencias inconscientes: incesto y parricidio. Retoma acá la hipótesis de *Tótem y Tabú* (1913), texto en el que –como se vio– aborda por primera vez de una manera sistemática la naturaleza y la génesis de la *conciencia moral* {*Gewissen*} (“percepción interior de que desestimamos determinadas mociones de deseo existentes en nosotros”) poniéndola en relación a la institución del *tabú* en los primitivos; y su articulación con la *conciencia de culpa* {*Schuldbewusstsein*} (“percepción {afectiva} del juicio adverso {*Verurteilung*} interior sobre aquellos actos mediante los cuales hemos consumado determinadas mociones de deseo”). Es decir, una conciencia o *saber que se sabe con máxima certeza* {*Gewiss*}, a la que acompaña la conciencia de culpa –la que no es otra cosa que una variante de la angustia–.

La segunda cuestión, es decir, la de la participación de dicha conciencia de culpa en el conjunto de los casos criminales, la aborda prudentemente: este punto “sobrepasa el trabajo analítico” (Freud, S., 1916: 339). Empero, en este trabajo establece un criterio diferencial: *hay que distinguir entre aquellos que cometen delitos sin sentimiento de culpa (sea porque no han desarrollado frenos morales o ya sea porque se creen justificados en sus actos), de aquellos “pálidos delincuentes” que son los criminales por sentimiento de culpabilidad*. Este afecto, elemento correlativo a la percepción de un juicio adverso interior, cobra un valor que interesa al diagnóstico diferencial en dos aspectos:

- Por un lado, para tener en cuenta una distinción interna: tanto el delincuente por sentimiento de culpa como el delincuente neurótico portan una culpa preexistente al acto, pero en el primero se trata de una patología de la responsabilidad que empuja a la acción para ser sancionado como culpable (en la que la necesidad de castigo es producida por el superyó). Mientras que en el neurótico, dicho afecto contribuye a la construcción del lazo social desde el ideal del yo, que impide el crimen en tanto referencia a la normatividad, pero también puede enfermarlo por su coacción –al punto paradójico de empujar a la infracción–.
- Por otro, esta distinción entre delincuentes con un índice subjetivo de culpabilidad y delincuentes sin dicho índice de culpabilidad, permite tener en cuenta lo que es quizá la única distinción realmente operativa con vistas al tratamiento.

Però la ausencia de sentimiento de culpa (“aquellos que no han desarrollado inhibiciones morales”) conduce a otra cuestión: al problema que encierra la llamada *psicopatía*, en su relación con la responsabilidad penal. (Se deja de lado en este

examen el caso de “los que se creen justificados en sus actos”, apartado bajo cuyo acápite entran tanto los fundamentalismos –políticos o religiosos– como el delincuente de carrera, amparado en cualquier código subcultural, mafioso, carcelario o “de la calle”, desde el cual racionalizar su posición y justificar su accionar).

En efecto, se plantea todavía una discusión no saldada acerca de la *imputabilidad* del sujeto diagnosticado como psicópata. Éste –designado también bajo los marbetes de “personalidad caracterial” en Francia, “personalidad psicopática” en Alemania, “neurosis impulsivas” en Inglaterra, “sujetos disociales” en Estados Unidos, términos todos que definen personalidades caracterizadas por reunir la *inadaptación a la vida social*, la *inestabilidad de la conducta* y la propensión para el *pase a la acción*, asociadas eventualmente a trastornos psiquiátricos como depresión, excitación, *boufféé* delirante, perversión sexual y/o toxicomanía– es, no cabe duda, un *caso difícil* que hace colindar a la clínica psiquiátrica y psicológica con la criminología.

La inclusión de la psicopatía dentro del apartado de las “alteraciones morbosas” del art. 34 inc. 1 del Código Penal desde la tesis nosológica, polémica no resuelta, no está empero suficientemente razonada. Y ello, debido a enfatizar en el aspecto afectivo-volitivo del “trastorno antisocial”. Sería interesante, además de posible, comenzar a salir del *impasse* de la cuestión introduciendo esta dimensión que, indudablemente, pasa demasiado desapercibida: la *conciencia moral* del sujeto en cuestión.

Hasta acá, dos nociones operatorias cuyo alcance Freud, S. irá despejando en sus textos posteriores: *conciencia moral* y *conciencia de culpa*, distinguibles sólo a efectos de un análisis teórico, puesto que “*quien tenga conciencia moral no puede menos que registrar dentro de sí la justificación de ese juicio adverso y la reprobación de la acción consumada*” (Freud, S., 1913: 73). Y, a la altura del año 1916, puede plantearse que las dos posiciones subjetivas esbozadas por Freud comprometen a cada una de estas funciones psíquicas: el **delincuente por deficitaria conciencia moral** –aquel que no ha desarrollado frenos inhibitorios para sus pulsiones– y el **delincuente por conciencia de culpa**, es decir, el “pálido delincuente” del aforismo nietzscheano “para el que se han hecho los códigos punitivos”.

Entonces, si bien Freud no habló de psicopatía, es evidente que en este texto se refiere –con los “otros” que opone al pálido delincuente– a una **posición subjetiva refractaria a la ley**. Esta posición **no es, necesariamente, la del perverso**, si entendemos por perversión –desde la conceptualización psicoanalítica que es tributaria del pensamiento de Jacques Lacan– a una de las tres estructuras psíquicas inconscientes en las cuales el ser humano puede establecerse como sujeto del discurso y como agente de su acto. Puesto que en el perverso, como lo demuestra la experiencia sadiana, se trata de una práctica de sacrificio al goce del Otro: tanto el imperativo de Kant como la obligatoriedad del goce (la “voluntad de goce” sadiana) le imponen un sacrificio “aún en perjuicio de mis inclinaciones” (Kant) que lo hacen un devoto de la ley moral. Se trata, en Kant y en Sade, de la obligatoriedad del cumplimiento de la ley. El perverso se consagra así al goce del Otro, sin admitir su sacrificio; es agente de un fin que pretende ubicar en sí mismo cuando es para el Otro, a quien se somete en su imperativo (Lacan, J., 1962).

Tampoco se trata del “*carácter neurótico*” tal como lo describió Franz Alexander (1929). Este autor subordina la psicopatía a la neurosis como un carácter entre otros, al definir a aquella como una personalidad regresiva, autoagresiva, dominada por el odio al padre y un yo subdesarrollado. Hoy se cuestiona la descripción que da Alexander de la psicopatía, *que describiría más bien a la personalidad neurótica antes que la psicopática*, puesto que el autor señala una tensión y conflictos internos propios de la patogenia del Complejo de Edipo, resueltos de manera aloplástica. Esto, pues, no encaja con el concepto psicopatológico más actual, que alienta *una especificidad diferencial del psicópata frente al neurótico*. Otra cuestión es si dicha especificidad de la llamada psicopatía es sustentable desde la teoría psicoanalítica freudo-lacanianana.

Un aspecto central, que parece pasar desapercibido pero que es lo único que le da una entidad al variopinto cuadro que se percibe detrás de las numerosas descripciones nosológicas, reside en que éstas apuntan no tanto a una entidad como a una posición subjetiva, cuya característica prevalente es –tomando una frase de S. Soler– el ***modo de referencia de la personalidad a un universo normativo***:

(...) es típico del pensamiento clásico acordar importancia decisiva al conocimiento de la ilicitud del hecho por parte del autor de éste. Y la ilicitud no es, por cierto, un hecho, sino una cualidad, resultante de una relación entre un hecho y una norma. (...) Más que psicológica, pues, podría esta teoría ser llamada realista o subjetivista, pues no consiste en considerar la culpabilidad como una mera referencia psíquica a un hecho externo despojado de toda valoración, sino en una referencia que apunta a la criminalidad del acto y esta calidad es siempre el resultado de una proyección valorativa que, como tal, presupone la existencia de normas, ante las cuales los hechos resultan ser lícitos o ilícitos (Soler, S., 1976: 16).

Para el derecho penal argentino, la responsabilidad –es decir, la imputabilidad– es la posibilidad (condicionada por madurez, salud y conciencia) de valorar correctamente los deberes y de obrar de acuerdo con ese conocimiento. Quizá una “posición subjetiva refractaria a la ley” sería susceptible de ser identificada *no tanto* por criterios conductistas o de desviación social, sino por una ***semiología de la actividad judicial, por una determinada calidad de juicio moral, es decir, por una estructura del juicio que da cuenta del modo de referencia de la personalidad a las normas (las representaciones culturales y éticas del individuo)***. Punto, este, que será retomado en las conclusiones de este estudio.

Ahora bien, ¿es posible poner en relación estas conceptualizaciones acerca de la *conciencia moral autónoma* con aquello que menta el derecho minoril, vale decir, la *incapacidad psíquica de culpabilidad* que sostiene el edificio teórico del derecho?

Buscando respuesta a este interrogante se examinan los resultados de un estudio exploratorio sobre una muestra de casos realizados en la ciudad de Rosario en los años 2002-2003, en el marco del Proyecto PSI20 (“Salud mental y desarrollo moral en adolescentes en conflicto con la ley penal”). Se toman dichos resultados ***a modo ilustrativo*** en el presente trabajo, como un antecedente del mismo y como una cantera de la cual extraer un material que resulta interesante para el presente propósito. No se pretende demostrar hipótesis alguna, sino examinar los alcances de las afirmaciones encontradas en el recorrido propuesto sobre la base de un material empírico, realizada en otro contexto y en otro momento. Dicho antecedente aporta

una percepción empírica del problema conceptual trabajado en el presente estudio, y brinda elementos orientadores y aplicativos para la práctica profesional en el campo profesional específico, mediante la propuesta de la categoría de *juicio moral*. Los resultados originarios son, ahora, tomados *a modo ilustrativo* en el presente trabajo dada la ausencia de trabajos empíricos sobre la cuestión en estudio, más como un ensayo aplicativo de los conceptos en juego y no obstante su insuficiencia para intentar demostrar cualquier punto. A la vez, es un antecedente que habilita a futuras derivaciones, por ejemplo, otros estudios comparativos con adolescentes en conflicto con la ley y adolescentes de población general.

CAPÍTULO 5

Ensayo de aplicación

UN ENSAYO DE APLICACIÓN

A. Antecedentes

Examinados y analizados los fundamentos teóricos dados por la teoría jurídica del delito y por la psicología del desarrollo acerca de la incapacidad psíquica atribuida al llamado “menor”, se presentan a continuación, a título ilustrativo, los resultados obtenidos de una investigación psicológica de tipo exploratorio-descriptiva sobre población adolescente bajo régimen penal de menores, de treinta y un (31) varones con edades comprendidas entre los trece (13) y dieciséis (16) años, alojados en un instituto de menores dependiente de la Dirección Provincial del Menor en Conflicto con la Ley Penal (Rosario, Pcia. de Santa Fe).

Se trata del Proyecto PSI20, titulado “Salud mental y desarrollo moral en adolescentes en conflicto con la ley penal”, radicado en la Cátedra de Psicología, de la Facultad de Psicología de la Universidad Nacional de Rosario, dirigido por el Prof. Dr. Antonio S. Gentile (titular de dicha cátedra) y que se llevó a cabo durante los años 2002-2003.

Los objetivos de conocimiento de la investigación estaban dirigidos a la *evaluación diagnóstica*, en primer lugar; y, en segundo lugar, a la *evaluación del nivel de desarrollo de la capacidad de juicio moral* por el otro. Es decir que, de manera primaria, se buscó contar con datos confiables y válidos sobre prevalencia de trastornos de la salud mental, como asimismo disponer de un diagnóstico precoz de adolescentes con su salud mental en riesgo –esto, como requisito indispensable para adoptar estrategias asistenciales y preventivas en base a los datos obtenidos y a los recursos disponibles–. De manera secundaria, y en atención a los intereses teóricos del autor –quien ya desempeñaba funciones forenses en la Provincia del Neuquén– por la temática de la responsabilidad penal, se introdujo el segundo objetivo de conocimiento, centrado en la evaluación de la capacidad de juicio moral. Los resultados obtenidos en ambas dimensiones serían susceptibles de ser cruzados para establecer, o no, correlaciones significativas entre salud y enfermedad por un lado, y desarrollo moral, por otro.

Durante los seis primeros meses presupuestados para llevar a cabo el estudio (segundo semestre del año 2003) fue posible entrevistar de manera completa –es decir, aplicando las dos técnicas descritas en una o dos sesiones– a treinta y un (31) adolescentes varones, los que constituyeron una muestra proveniente en su totalidad del IRAR (Instituto para la Recuperación del Adolescente Rosario), de la ciudad de Rosario. En este instituto de detención dependiente de la Dirección Provincial del Menor se alojan, bajo régimen cerrado, a jóvenes infractores de 16 a 18 años con causa penal, pero hasta hace unos años albergaba adolescentes desde los 13 años de edad. Se procesó una muestra de la franja de edad inferior –la de 13 a 16 años–cuyos protocolos terminaron de analizarse durante el primer semestre de 2004. Los resultados del primer objetivo de conocimiento fueron

expuestos y debatidos en un primer informe parcial en junio de 2004 (Jornadas de Investigación de Rosario) y en agosto de 2005 (D'Angelo y Barisonzi, 2005). Los resultados relativos al segundo objetivo fueron expuestos sumariamente en sus aspectos cuantitativos, reservándose su análisis más profundo para otro estudio, no concluido, por lo que permanecen inéditos hasta el presente.

Como se dijo más arriba, los resultados obtenidos son, ahora, tomados *a modo ilustrativo* en el presente trabajo, dada la ausencia de trabajos empíricos sobre la cuestión bajo examen y más como un ensayo de aplicación de los conceptos en juego, en términos descriptivos, que como un estudio explicativo

Es que, si –como se ha visto– la *responsabilidad penal* implica la *ausencia de un impedimento psíquico* para la comprensión de la antijuridicidad, resulta relevante ver los resultados encontrados en una serie de casos de adolescentes a disposición de la justicia de menores, a fin de describir en los jóvenes encuestados aspectos psicopatológicos que, si los hubiera, podrían ser una de las fuentes legales de inimputabilidad penal por insuficiencia de sus facultades o alteración morbosa de las mismas, es decir, una eventual inimputabilidad por inmadurez o por anomalía psíquica, a causa de una privación temporal o permanente de razón debida a retraso mental o trastornos de la esfera cognitiva que afectarían *realmente* la capacidad psíquica de culpabilidad (imputabilidad) del autor, y que debería apreciarse de forma especial en los adolescentes, tanto para declarar su efecto eximente como para concederle eficacia meramente atenuante de responsabilidad. Estos casos especiales, si los hubiera, deberían distinguirse del resto, *no punibles* por aplicación del régimen penal de menores bajo una presunta incapacidad –lo que más adelante el autor de este estudio denomina *ficción de incapacidad*.

Por otra parte, la evaluación del nivel de desarrollo de juicio moral alcanzado permitiría acreditar el criterio normativo, segunda exigencia de la doctrina jurídica argentina, que requiere de la capacidad de valoración del hecho.

B. Exposición de resultados

La consecución de este objetivo planteó un **problema metodológico**: ¿Cuál sería el instrumento de evaluación más acorde para la descripción de estas dos dimensiones (*condición psíquica actual y nivel de desarrollo de juicio moral*) en los sujetos de la muestra?

Desde una perspectiva epidemiológica actualizada, era necesario, pues, diseñar o adoptar un instrumento sensible a la información que proporciona el entrevistado, para correlacionarla con patrones de síntomas (y *no* con categorías diagnósticas) que estarían presentes en el autoinforme del sujeto, prescindiendo al menos en un primer momento del juicio clínico basado en las múltiples categorías discretas de la psicopatología. Esta prescindencia obedece a dos razones: Una, el consenso entre los especialistas en epidemiología en salud mental, que considera que debe planificarse la tarea en dos etapas: a) un despistaje o rastillaje (*screening*) de “casos posibles”; y b) un diagnóstico y pronóstico definitivos o posibles de tales casos. La otra razón es el acuerdo entre clínicos e investigadores en utilizar criterios descriptivos y estadísticos que, al menos en cierto momento de la investigación, sirven para dejar de lado o postergar el debate teórico entre escuelas que le restan precisión al diagnóstico por los múltiples enfoques en juego. Este trabajo exploratorio se ubica en esa primera etapa, de rastillaje de casos.

Se decidió, pues, la utilización de una técnica psicométrica para la dimensión “estado psicológico actual”. Se optó finalmente por el *Inventario de Síntomas SCL-90-R* de Derogatis (Derogatis, L. R., 1994, 2003), en su versión local establecida por la Dra. María M. Casullo (Anexo N° 2): Se trata de un instrumento apto para evaluar patrones de síntomas que puede ser utilizado tanto en estudios de tipo poblacional o comunitario como de diagnóstico clínico, permitiendo detectar distintas dimensiones psicopatológicas: básicamente, explorar la presencia de sintomatología y evaluar comportamiento social, así como indagar sobre posibles factores “estresantes” de la vida actual. Este abordaje permitió desglosar el estado psicológico actual de las unidades de análisis en nueve (9) dimensiones de sín

Por medio del Cuestionario de Síntomas *SCL-90R*, se evaluaron nueve (9) dimensiones primarias y tres (3) índices globales de malestar psicológico: *Somatizaciones* (SOM); *Obsesiones y compulsiones* (OBS); *Sensitividad interpersonal* (SI); *Depresión* (DEP); *Ansiedad* (ANS); *Hostilidad* (HOS); *Ansiedad fóbica* (FOB); *Ideación paranoide* (PAR); *Psicoticismo* (PSIC); *Índice global de severidad* (IGS); *Índice positivo de malestar* (IMP); y *Total de síntomas positivos* (SP). Las respuestas de cada uno de los jóvenes, puntuadas en términos de puntuaciones T (Media= 50 y DT= 10, a fin de comparar a cada sujeto con el grupo normativo) permitieron identificar a personas *en riesgo* (a partir de una puntuación T igual o superior a 65) o con *patología severa o trastorno* (puntuación igual o superior a 80).

Se halló que, de los treinta y un (31) casos veinticuatro (24) perciben un *severo malestar* psicológico; cuatro (4) casos arrojan un valor de *riesgo* de malestar; dos (2) hacen un intento deliberado de dar una imagen mejor, sin revelar sintomatología positiva; y uno (1) refiere padecimiento dentro de valores normales.

Comparando con los valores que arroja el *índice de malestar positivo* (IMP), que evalúa el estilo de la respuesta, ocho (8) casos presentan un IMP con un puntaje T entre 65 y 80 (A2, A6, A7, A11, A17, A18, A25 y A27), lo que puede interpretarse como una tendencia a exagerar el malestar psíquico. Empero, debe considerarse el total de síntomas positivos (SP) para decidir si se trata de una actitud de fingimiento.

Teniendo en cuenta que puntuaciones brutas superiores a 50 en varones (lo que se corresponde con un puntaje $T \geq 65$) corroboran la tendencia a exagerar una patología, vemos que sólo tres (3) individuos (9.6% de la muestra), referenciados como A2, A7 y A27, arrojan un $SP \geq 65$, indicando claramente una *tendencia abusiva a exagerar el malestar*, en una medida que excede lo que cabría interpretar como una actitud de demanda montada sobre un padecimiento real. Ello no quiere decir que los trastornos o perturbaciones clínicas referidas en el autoinforme de estos tres individuos sean absolutamente falsos; de hecho, se sabe por la práctica en el ámbito jurídico que lo que se ve en este contexto de judicialización (como también en el contexto psiquiátrico) no es por lo general simulación pura, sino la exageración de síntomas preexistentes (sobresimulación) motivada por un cálculo utilitario; pero por razones metodológicas –habría que profundizar estos estudios para verificar si es dable encontrar una marcada discrepancia entre la semiología clínica y las quejas referidas– se dejará estos tres casos por fuera de este análisis (se los retomará para la evaluación del juicio moral), y se analizarán los veintiocho casos restantes.

Los resultados, convertidos en puntuaciones T (los que deben ser interpretados en términos de *media normal*, *riesgo de patología* y *patología severa* o trastorno), se

consignan en las 12 columnas –correspondientes a cada una de las 9 dimensiones de síntomas y de los 3 índices globales– de la matriz de datos (ver Tabla 1 en Anexo 4).

En la Tabla Nro. 5 se procuró distinguir –teniendo en cuenta las definiciones operatorias de las nueve dimensiones de síntomas (las que responden parcialmente a la nosografía multiaxial en uso)– entre aquellas perturbaciones que pueden ser consideradas más vinculadas a lo ambiental o reactivas a situación, y las que responden más bien a cuadros estables e interiorizados, discriminando así entre trastornos clínicos (Eje I) y trastornos de la personalidad (Eje II), respectivamente. Dicha discriminación queda reflejada en el siguiente cuadro:

Eje I	Eje II
SOM	OBS
DEP	SI
ANS	PAR
FOB	PSIC
HOS	

Ello es así por razones teóricas y metodológicas, y teniendo en cuenta que las siglas designan patrones de síntomas y no cuadros psicopatológicos completos. Asimismo, se realiza esta distinción sin descuidar que cualquier dimensión del Eje I puede devenir un conjunto de síntomas o rasgos más crónicos e integrados al sistema de la personalidad, lo que contribuye así a configurar un trastorno de la personalidad (Eje II).

Para la segunda dimensión en juego (la capacidad cognitiva de enjuiciamiento moral), se optó por una entrevista semiestructurada, la *Entrevista de Juicio Moral* basada en tres dilemas (Kohlberg, 1958, 1969) (Anexo 3). Ésta, diseñada sobre la base del método clínico, se reveló la técnica más útil para los objetivos propuestos, si bien en un primer momento se intentó conseguir la versión española del *Cuestionario de Problemas Sociomorales* (Defining Issues Test –*DIT*) de Rest, prueba que está traducida y validada desde 1991 por Pérez-Delgado y García-Ros. Tampoco se hallaron otros instrumentos de evaluación de nivel de juicio moral, como los tests desarrollados por A. Colby y J.C. Gibbs, o el MJT (de G. Lind, 1976, anterior al *DIT*), por lo menos en versiones confiables y validadas. Posteriormente se obtuvo más información sobre el *DIT*, y se concluyó que su versión de seis historias era inapropiada para la población con la que se trabajaría, por ser demasiado extensa y porque está confeccionada para medir esencialmente el pensamiento posconvencional (hay que tener en cuenta que Rest quiso cubrir las deficiencias de la entrevista semiestructurada de Kohlberg para evaluar el pensamiento posconvencional de los sujetos); sólo indirectamente el *DIT* informa acerca del pensamiento preconvencional o convencional.

Esta entrevista semiestructurada consiste en proponer al sujeto tres dilemas hipotéticos que despierten su interés y preguntarle cuál sería la mejor solución para

el problema y por qué. Cada dilema implica un personaje ante determinada situación difícil, el que tiene que elegir entre dos valores conflictivos. Se lee al sujeto cada dilema y se proponen varias preguntas estandarizadas, para preguntársele cómo debería resolver la situación y por qué sería esa la mejor manera de actuar. El investigador busca un uso consistente de la forma en varios dilemas y, al identificarlo, establece el estadio de juicio moral que caracteriza al razonamiento del sujeto. Los dilemas se pueden usar tanto con niños (aunque no suelen ser utilizados antes de los 9 años de edad) como con adultos, ya que son comprensibles y presentan una situación que ambos grupos de edades considerarían problemática moralmente.

Aplicados los dilemas, interesa el razonamiento empleado, no tanto el contenido, puesto que mientras la respuesta o conclusión representa el *contenido* del pensamiento del sujeto, el razonamiento representa su *forma o estructura*.

Para la valoración del nivel de razonamiento moral en cada uno de los tres dilemas hipotéticos, puede utilizarse el *Manual de Evaluación* elaborado por el equipo de Kohlberg (Colby, Kohlberg *et al.*, 1987) desarrollado a partir de veinte años de investigación, y en el que se incluye una detallada clasificación de criterios para valoración de las respuestas. También puede llevarse a cabo una *evaluación intuitiva* del estadio comparando los razonamientos esgrimidos por los sujetos en los tres dilemas presentados con las características estructurales de los estadios, considerando los criterios que se presentan en cada uno de ellos (Véase: Anexo 3); opción esta última escogida por el autor.

Los resultados figuran volcados en una tabla de doble entrada, ordenada de la siguiente manera: en las filas horizontales figuran las unidades de análisis constituidas por cada uno de los 31 sujetos entrevistados, con sus datos filiatorios debidamente codificados (designados como A1, A2, etc.). En las columnas segunda y tercera la información sociodemográfica relativa a edad y sexo, y, desde la cuarta y hasta la duodécima columna, los valores relativos a las nueve dimensiones de síntomas exploradas. Siguen los 3 índices globales de malestar psicológico (13^a a la 15^a columna) y, en la última –designada JMO– el estadio de desarrollo de la capacidad de juicio moral. Los valores numéricos que señalan una desviación de la media normal se encuentran destacados.

Queda constituida así una matriz de datos nombrada como Tabla Nro. 1 (Ver Anexo 4) que permite una lectura rápida y un procesamiento estadístico relativamente sencillo, la que se expone en los Anexos.

Dejando de lado aquellos tres casos que despliegan conductas de sobresimulación, de un primer análisis relativo a la *composición* de la muestra graficada en la Tabla 1, surge que 18 casos (58.1% de la muestra) presentan síntomas clínicos del eje I y/o trastornos del eje II, asociados en distintas combinaciones; mientras que otros 10 casos (32.2%) no presentan ni unos ni otros, aunque el instrumento registre algún grado de malestar psicológico.

Del grupo de 18 casos, ocho (8) de ellos (los casos codificados como A1, A8, A9, A12, A16, A17, A24, A29) presentan exclusivamente sintomatología del eje I; otros tres (3) (los casos A6, A10, A13) presentan únicamente síntomas del eje II; y otros siete (7) (los codificados como A3, A11, A15, A18, A19, A25, A31) presentan síntomas del eje I asociados a síntomas del eje II.

Un segundo análisis dentro del grupo de 18 casos concierne a la *prevalencia* de la sintomatología hallada, sea ésta simple o compleja. Así, entre los trastornos clínicos prevalecen:

1. Los trastornos del estado de ánimo aparecen representados con 11 casos (A1, A3, A8, A9, A11, A15, A17, A18, A19, A25, A31) dentro de la subescala DEP (depresión), de los cuales 7 individuos presentan un *intenso malestar* (señalado por el índice IGS) pero sin llegar ninguno a configurar trastorno depresivo (A11, con puntuaciones superiores a 80, exagera malestar). Sólo 3 casos DEP (A1, A8 y A9) son “puros” o simples –es decir, la distimia depresiva no aparece asociada a otra serie de síntomas–; el resto aparece asociado a otros cuatro patrones de síntomas (ANS, SOM, FOB y HOS), integrando cuadros más complejos.
2. Sigue en orden de importancia la subescala ANS, con 7 casos (A3, A11, A12, A15, A18, A19, A25) que presentan síntomas de ansiedad, tensión, crisis de angustia y miedos, 4 de ellos con *intenso malestar* (A3, A12, A15 y A19) y, de ellos, dos (A3 y A19) en *grado de trastorno* (puntaje superior a 80) *asociado a distimia depresiva en el eje I de los trastornos clínicos y, en el eje II de los trastornos de personalidad, articulados a rasgos de Psicoticismo* (PSIC). Hay que aclarar que ninguna unidad de análisis ANS aparece de manera pura o simple, sino que están todas asociadas a otras perturbaciones del eje I, de las series DEP, SOM, FOB y HOS en distintas combinaciones (ANS-DEP, SOM-ANS, ANS-SOM, ANS-FOB, etc.).
3. En tercer lugar y en orden decreciente los síntomas somatomorfos (SOM), dimensión esta que alude a la presencia de un malestar relacionado con síntomas físicos presuntos o cavilación hipocondríaca, con 5 casos (A12, A18, A19, A24, A25, el primero en grado de trastorno severo); pero siempre acompañada de sintomatología DEP y ANS. Solo una unidad de análisis (A24) los expresa como único trastorno.
4. Los síntomas de la serie FOB (ansiedad fóbica, es decir, respuesta persistente de miedo a situaciones, lugares, personas específicas, objetos, que es en sí misma irracional y desproporcionada en relación con el estímulo que la provoca), se encuentran representados por 4 casos (A15, A18, A25 y A31), también de manera asociada a distimia depresiva y ansiedad.
5. Por último, la dimensión inespecífica HOS aparece en 2 unidades de análisis (A16, A29), en las dos sin estar acompañada de otra sintomatología pero con intenso malestar.

Entre aquellos síntomas más graves del Eje II, susceptibles de ser interpretados como *trastornos de personalidad* o bien como *rasgos y/o mecanismos de defensa y conductas idiosincrásicas desadaptativas*, se ha descubierto:

1. Una notable asociación entre síntomas de las dimensiones OBS y PSIC en tres (3) casos (A11, A15, A18), lo que parece ser el dato más relevante. Estos tres casos expresan, a la vez, sintomatología clínica del eje I, particularmente de la serie DEP-ANS.
2. Un caso aislado (A25) en el que aparecen asociados síntomas de las series OBS y SI (eje II) con otros del eje I (ANS, DEP, SOM).

3. Dos casos OBS “puros” (A6, A10), es decir, que se verifican sin asociación a sintomatología del eje I.
 4. Dos (2) casos PSIC (A3, A19). En el total de 5 sujetos con síntomas de la dimensión PSIC (sumando a estos 2 los 3 asociados con OBS del punto 1) se registra, además, indicadores de depresión en grado mayor al nivel de riesgo.
 5. Dos (2) casos SI (A13 y A31) sin asociación a sintomatología de los ejes I ó II.
- La Tabla Nro. 5 representa esquemáticamente esta composición (Anexo 4).

Respecto de la evaluación del nivel de desarrollo del juicio moral: se destaca el hecho de que de los 31 casos, una mayoría de 25 casos (80.6%) se encuentran en un nivel *preconvencional* del desarrollo moral –el *Estadio 2*– mientras que sólo 6 casos (un 19.4%) alcanzan el nivel *convencional* del *Estadio 3*. La edad promedio dentro de ambos grupos es de: 14,9 años (Estadio 2) y 15,3 años de edad (Estadio 3), respectivamente.

C. Resumen de los hallazgos

1. Se destaca la prevalencia de los *trastornos del estado de ánimo*, con síntomas de la serie DEP (= 11 casos, de las cuales 3 son casos “puros” y 8 son casos “mixtos”, es decir, asociados a síntomas de ansiedad, somatizaciones y fobias). Siguen en importancia los síntomas ANS (ansiedad, angustia, miedos), con 7 casos –todos cuadros mixtos, algunos de ellos (2 casos) asociados a rasgos PSIC (Psicoticismo, del Eje II) precursores de trastornos de la personalidad–.

Si bien se halló una frecuencia mayor de síntomas depresivos dentro de la muestra recolectada –lo que sugiere la incidencia de un factor situacional reactivo, identificable quizá en la vivencia de privación que acarrea la situación institucional padecida–, desde la perspectiva que distingue entre nivel de *riesgo* ($T \geq 65$) y nivel de *trastorno o patología severa* ($T \geq 80$), son los **cuadros de ansiedad** los que están representados en mayor medida en el **nivel severo** (ANS= 2 casos), seguidos a continuación de la *depresión severa* (DEP= 1 casos) y de las somatizaciones (SOM= 1 casos). Es en este nivel donde se da un total de cuatro (4) sujetos que reúnen las condiciones para un diagnóstico clínico en el eje I.

En grado de **riesgo** (cuadros leves o en riesgo de configurar un trastorno psicopatológico, pero sin reunir todos los criterios clínicos del cuadro), predominan los *cuadros depresivos leves*: distimias depresivas o *en riesgo* de caer en episodio o trastorno, son los que están más representados en la tabla, seguidos de los cuadros de ansiedad.

2. Entre aquellas dimensiones de síntomas que cabe interpretar como configurando los trastornos más *estables e interiorizados* –o, en términos del *Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales* (DSM IV), las que implican un *“patrón permanente e inflexible de experiencia interna y de comportamiento que se aparta acusadamente de las expectativas de la cultura del sujeto, tiene su inicio en la adolescencia o principio de la edad adulta, es estable a lo largo del tiempo y comporta malestar o perjuicios para el sujeto”*– se registran las dimensiones OBS y PSIC que, de manera aislada o solapándose, encontramos en 7 casos.

Las dimensiones de *Ideación paranoide* (PAR) y *Psicoticismo* (PSIC), que podrían correlacionar más directamente con la presunción de trastornos psicóticos de la personalidad en ciernes o, al menos, pre-psicóticos, se encuentran: a) escasamente representada la primera (un caso aislado: A25, se acerca al nivel de *trastorno*, pero hay dudas con el estilo de respuesta que aporta este sujeto, que si bien arroja un protocolo válido revela a la vez una tendencia a exagerar sus manifestaciones sintomáticas); y b) en grado de *riesgo* (puntajes $T \geq 65$ pero < 80), sin llegar a determinar patología severa, la segunda.

Desde la perspectiva que distingue entre nivel de *riesgo* ($T \geq 65$) y nivel de *trastorno o patología severa* ($T \geq 80$), son los *cuadros de ansiedad* los que están mayormente representados en el nivel severo (2 casos), seguidos a continuación de la *depresión severa* (1 caso) y de las somatizaciones (1 caso).

3. No obstante un **alto grado de malestar psicológico** detectado por el IGS (índice de severidad global) en 24 de los 31 jóvenes, *no hemos detectado en este rastreo ningún caso que reúna de manera completa los requisitos clínicos, estadísticos y descriptivos suficientes para configurar un trastorno de personalidad*, probablemente debido al momento evolutivo que se encuentran transcurriendo, en el cual es posible que no haya todavía cristalizado el cuadro.

Sí debe considerarse un subgrupo de cinco (5) casos (= 15%) en los que se detectan síntomas *precursores* de trastornos de personalidad: dos (2) de los encuestados evidencian síntomas de la serie PSIC asociados a síntomas depresivo-ansiosos, y tres (3) revelan síntomas OBS y PSIC asociados asimismo a distimia, ansiedad, fobias y somatizaciones. Se trata, pues, de un subgrupo con síntomas relativos a estados de aislamiento, estilo de vida esquizoide, ideas de control de pensamiento, compulsiones, posibles alucinaciones, etc., cuya condición psicológica actual (al momento de la evaluación) hubiera ameritado profundizar en la etiología de los comportamientos detectados, a fin de responder este punto.

En términos relativos, este resultado es similar a los reportados en el estudio de ABRAM, K. *et al.* (2003) sobre una muestra de 1829 niños y adolescentes internados, considerados infractores reincidentes, con edades comprendidas entre los 10 y 18 años y de ambos sexos: estos autores informaron acerca de un 14% de niñas y un 11% de varones con trastorno mental mayor (psicosis, episodio maniaco o episodio depresivo mayor) y consumo de sustancias, en una proporción similar a la del estudio en Rosario, que fue del 15%.

4. La capacidad de **razonamiento moral** se corresponde en el mayor número de casos (25 sobre 31, con una edad promedio de 14,9 años) con el Estadio 2 del **Nivel Preconvencional**, lo que habla de sujetos con una perspectiva social *concreta e individualista*.

Analizado el *perfil clínico* de los **seis (6) casos** que alcanzaron un **grado de desarrollo de la capacidad de juicio moral acorde a lo esperable para la edad** (Los individuos A9, A24, A26, A27, A28 y A31, en un *Estadio 3* –Nivel Convencional), **resulta ser este grupo aquél donde se encuentra también a nivel de salud mental los casos menos comprometidos, predominando las perturbaciones clínicas, sin estar casi representados los patrones de síntomas precursores de trastornos de personalidad codificados en el eje II** (A31 registra

síntomas SI, asociados a FOB y DEP). Dentro de estos seis casos es A9 (de 16 años) quien a la vez presenta el perfil clínico menos comprometido: síntomas de la dimensión DEP pero sólo en grado de riesgo (inferior a 65).

CAPÍTULO 6

CONCLUSIONES Y DISCUSIÓN

Se recuerda que la propuesta ha sido indagar los fundamentos psicológicos del tratamiento penal de menores en el ordenamiento jurídico vigente en la República Argentina, reseñando los argumentos jurídicos y extrajurídicos de la exclusión de pena del menor.

En relación a posibles casos de **alteración morbosa de las facultades**, en el sentido del Art. 34, inc. 1º del CP, hay que tener en cuenta que el Código Penal argentino –a diferencia de, por ejemplo, el código francés hasta 1992, que establecía el diagnóstico de demencia como causal de la eximente– no recurre a la identificación de cuadros patológicos como fuente de la inimputabilidad, sino que requiere de la presencia de perturbaciones designadas con máxima generalidad y comunes a varias entidades clínicas: *insuficiencia de las facultades*, *alteraciones morbosas* de las mismas y *estados de inconsciencia*; las que deben satisfacer un segundo requisito, *psicológico* éste: el que hayan impedido al momento de la comisión del delito “comprender la criminalidad del acto o dirigir las acciones”.

Respecto de este punto, la presunta alteración morbosa de las facultades, ***no se ha encontrado en la muestra caso alguno en el que hubiera podido verificarse una condición psicológica relevante para este requisito.***

Respecto de la **presunta insuficiencia de las facultades**, cabe destacar que en la muestra bajo estudio los resultados son *similares a los arrojados por otros trabajos sobre delincuentes juveniles*, particularmente el del mismo Kohlberg (1958, 1978). En efecto, se advierte que **la capacidad de razonamiento moral se corresponde en el mayor número de casos (25 sobre 31, con una edad promedio de 14,9 años) con el Estadio 2 del Nivel Preconvencional, lo que habla de sujetos con una perspectiva social concreta e individualista**, tal como en población general es dable encontrar en niños menores de 9 años y en algunos adolescentes. Se trata de una orientación instrumental relativista, en la que los sujetos enfocan los asuntos morales desde sus intereses concretos y en función de las consecuencias inmediatas de sus actos: las razones para hacer lo correcto son la evitación de castigos y la defensa de los propios intereses; la acción correcta consiste en aquello que instrumentalmente satisface las propias necesidades y, ocasionalmente, las necesidades de los otros. El bien es, pues, relativo, en un sentido concreto individualista, y las relaciones humanas son vistas en términos “utilitarios”. A nivel cognitivo, mantienen un enfoque muy concreto, y su razonamiento moral participa de las características del pensamiento preoperatorio o de las operaciones concretas del desarrollo cognitivo.

Estos resultados son similares a los reportados en el trabajo “Desarrollo moral en menores infractores. Una aproximación empírica a partir de Kohlberg” (Díaz Nieto, O. y EliceGUI González, M.), único que realiza una aproximación al tema del razonamiento moral en jóvenes infractores, y que aplicó uno de los tres dilemas de Kohlberg en una muestra de 28 sujetos de diferentes edades, sexo, y otras variables socio-demográficas, hallando en un primer análisis alguna relación entre estadios morales, procedencia cultural y salud mental. Particularmente, el hallazgo de un nivel de juicio moral correspondiente al Estadio Preconvencional (subestadio 2), sin

ningún sujeto de la muestra que se pudiera situar más allá del estadio 3, y en ningún caso más allá del nivel convencional.

A la luz de los hallazgos con los que se ilustra más arriba la cuestión bajo examen, cabe precisar el interrogante con otros términos:

¿Alcanzan las características propias del nivel preconvencional, indudablemente mayoritarias en la población juvenil bajo régimen penal, para decidir el status de incapacidad psíquica de culpabilidad?

A. Análisis de los argumentos psicológicos

Cabe recordar que se ha tomado de Zaffaroni la expresión –presente a su vez en Jescheck– de *método psicológico-normativo*, “puesto que la fórmula, en realidad, hace una referencia a la causa psíquica y una precisión de criterio de valoración jurídica” (Zaffaroni, E. R., 1995: Vol. IV, 121). De este jurista, asimismo, se toma la distinción operada por el discurso jurídico entre *conocer* y *comprender* –que fuera señalada en el capítulo 2, p. 37:

... como en este terreno los límites entre imputabilidad e inimputabilidad, es decir, entre salud y enfermedad, no constan con fijeza (ni para el psiquiatra ni para el jurista) cuándo un sujeto es alienado, la fórmula *psicológica* de la inimputabilidad viene a dar una base complementaria al señalar un límite mínimo consistente en la capacidad de comprender “lo que se hace” y de dirigir las acciones, “hacer lo que se quiere”. Y puesto que no hay límites “naturales” entre salud y enfermedad mentales, puesto que la biología no alcanza para establecer con certidumbre cuándo un sujeto es alienado y no existe un punto de vista psicológico puro sin referencia a un orden jurídico, es necesario *acreditar el criterio normativo* –es decir, **evaluar la capacidad de valoración del hecho**–.

Dicha distinción (operada en el seno de la doctrina jurídica a partir del problema que representa el llamado *psicópata*, de quien se supone podría no tener comprensión alguna conforme a valores compartidos, condicionado por su estructura impulsivo-motivacional, que lo lleva a actuar con ausencia de sentido moral) es operativa para los objetivos de esta investigación, puesto que, tal como se suele señalar en estos casos, un “saber” o entender puramente intelectual sobre lo valioso o disvalioso no supone *per se* la comprensión que exige el art. 34 inciso primero.

Mientras que “conocer” se refiere a un saber puramente intelectual de los alcances de la acción por parte del sujeto en un sentido psicologista puro, **la vertiente de la comprensión entraña un sentido valorativo por el cual se abre la puerta a la noción de juicio moral** –como se ha visto, muy escasamente trabajada en el medio– la cual reúne el requisito de contener dicho aspecto *valorativo*, que no habría sido puesto de relieve si se hubiera recurrido a algunas de las escalas de inteligencia más validadas y confiables, por ejemplo el subtest “Comprensión” dentro del Test de Wechsler para Niños (WISC).

Es, pues, recurriendo a esta noción de la teoría *kohlberiana*, que se hizo operativo el aspecto normativo que entraña la fórmula compleja de la imputabilidad, mediante la evaluación de la capacidad de valoración del hecho en los menores de edad. En términos de jurista, **la capacidad de comprender: “implica un desarrollo del**

sentido moral de los valores, para captar mandatos jurídicos que se basan en postulados morales” (Viñas, R. H., 1983: 290).

En consecuencia, en el supuesto de la aludida insuficiencia de las facultades, el **comprender la norma** incluye:

1. El saber o entender *intelectual* en el clásico sentido psicológico que requiere la “*aptitud para dirigir su persona y administrar sus bienes*” (art. 141 del CC) y para “*comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones*” (art. 34 inc. 1º del CP), y que se establece en la medida en que se corrobore la eficacia de las llamadas *funciones conscientes*.

Tales funciones psíquicas se corresponden clásicamente con la ideación, la afectividad y la volición, las cuales a partir de una adecuada síntesis permiten la elaboración de un sistema de acción y de su previsibilidad. Descriptivamente, y en términos genéticos, este proceso se realiza a partir del desarrollo de estructuras cognitivas que parten de la sensomotricidad y que culmina en el pensamiento lógico-formal (conceptualización, juicio, razonamiento deductivo-inductivo) interviniendo elementos de la conciencia tales como atención, fijación, evocación y memoria. Y, en una pretensión de totalización, se podría integrar en una descripción de la “personalidad total”, de manera subsumida, al factor afectivo-motor integrado por el elemento pulsional. Es la evaluación de estas funciones psíquicas, su anomalía o patología culminante en la disolución de la conciencia y/o en el menoscabo del examen y control de realidad, y no el mero juicio diagnóstico, lo que determina la incapacidad jurídica del imputado.

2. Pero, fundamentalmente, **se trata de una valoración que debe introducir el examen del contenido interno del ilícito desde una perspectiva de juicio moral**, lo cual requiere evaluar la concepción ética que asumen los sujetos y cómo elaboran y razonan sus justificaciones morales, para decidir si dichas justificaciones se encuentran –en los sujetos en estudio– al menos dentro del nivel convencional o, en el mejor de los casos, han alcanzado el nivel de los principios morales autónomos (nivel post-convencional). Como se ha visto, el conocimiento social requiere de la habilidad para la *adopción de distintos puntos de vista (role-taking)*; es decir, el conocimiento de que el otro es, en cierto sentido, como *yo*, y que aquél conoce o responde a *mí* en función de un sistema de expectativas complementarias. Acá interviene el papel reservado al afecto y a la comprensión de las emociones (empatía) en el desarrollo moral, si bien por razones metodológicas no se trata la cuestión afectiva. Baste con señalar que para los autores del enfoque estructural-cognitivo el factor afectivo no es sólo el elemento motivador sino también una importante fuente de información.

Al considerar los términos teóricos del modelo estructural-cognitivo, presentado en un capítulo anterior, se vio que el juicio moral se construye, se estructura y consolida sobre dos tipos de procesos psicológicos: *procesos de pensamiento* y *procesos de percepción social* (procesos que sólo con fines analíticos y expositivos son descompuestos en dos: la idea que se desprende de los trabajos de Piaget es que el niño construye conocimiento social –sus progresos morales– en relación con y supeditado al desarrollo de las nociones del conocimiento físico).

De acuerdo con Piaget, los procesos de pensamiento se desarrollan en tres grandes momentos: 1) el período preoperatorio, que abarca aproximadamente los pri

meros siete años de vida, caracterizado por ser un tipo de cognición pre-lógica pero que alcanza la capacidad de representarse internamente el mundo exterior y funcionar intuitivamente; 2) el estadio de las operaciones concretas, que comprende desde los 6-7 a los 12 años, en el que el sujeto ya cuenta con la capacidad de separarse de las percepciones inmediatas y utilizar juicios lógicos elementales pero restringidos a la manipulación de material concreto y no a proposiciones verbales; y 3) el estadio de las operaciones formales, que coincide con la entrada en la adolescencia y tiene como característica que el pensamiento es capaz de organizar las representaciones y percepciones en función de categorías lógicas más abstractas, de hacer “operaciones sobre operaciones” y de actuar con estrategias hipotético-deductivas.

En cuanto al proceso de percepción social, se refiere a una habilidad cognitiva y comportamental por la cual el sujeto puede admitir la perspectiva de otros individuos y así asumir distintos roles. Esta es otra de las condiciones psicológicas necesarias para que se pueda desarrollar el juicio moral, en cuya construcción Selman (1980) ha descrito tres grandes etapas: 1) la *perspectiva individual concreta*, en la que el sujeto está centrado sobre sí mismo (punto de vista egocéntrico) y le es imposible ponerse en el lugar del otro; 2) la *perspectiva de miembro de la sociedad*, asume el punto de vista de un individuo en relación con otros individuos y reconoce el mundo normativo que rige su comunidad; y 3) la *perspectiva de más allá de la sociedad*, en el que el sujeto es consciente de valores y derechos y de su preeminencia respecto de los acuerdos sociales contingentes (ver Cuadro 7, Anexo 4).

Ahora bien, la condición para ser *sujeto de derecho* implica capacidad psíquica como condición *sine qua non* para sostener la relación jurídica. Donde *comprender la norma* requiere, fundamentalmente, no sólo del saber o entender intelectual, sino haber desarrollado la habilidad de reconocer al otro como persona, a partir de experimentar y comprender al Tú en una relación que es *reflexiva* y en la que el afecto y el conocimiento se desarrollan paralelamente. Dicho de otra manera: cuando adquirimos la competencia suficiente para conocer a los demás por medio de ponernos en su lugar para, por medio de comparación y diferenciación, reconocernos como persona singular a partir de experimentar y comprender al otro.

Ello se conquista *plenamente* con el acceso al nivel convencional por el Estadio 3, el estadio de la **moralidad de la normativa interpersonal**, alrededor de los 12-13 años, caracterizado por la *conciencia de sentimientos compartidos y la primacía de acuerdos y expectativas interpersonales por sobre el interés personal*. En este nivel, el buen comportamiento es aquél que complace o ayuda a otros y es aprobado por ellos, conforme a modelos o patrones de lo que es considerado como propio de la mayoría o conducta “natural”. Atentos a los modelos de conducta social de los demás, ya han interiorizado en gran medida el universo de reglas que caracteriza la comunidad de pertenencia. Buscan ser considerados “*buenos*” por aquellos cuya opinión es importante. Son capaces de asumir el rol de una figura de autoridad lo suficientemente bien como para decidir si una acción es buena según sus modelos, con lo cual tienen en cuenta las expectativas de la sociedad y sus leyes sobre un dilema moral. El comportamiento frecuentemente juzgado por la intención (“*lo hizo con buena intención*”) se convierte en algo importante por primera vez. En la etapa de consolidación (Estadio 4 o de la **moralidad del sistema social**, que no se alcanza antes de los 16 años y su frecuencia en población adulta es menor que el Estadio 3) hay una mayor conciencia del “sistema” social, orientación hacia la autoridad, las reglas fijas y el mantenimiento del orden social. Se considera

comportamiento correcto al orientado a los propios deberes, a mostrar respeto por la autoridad y mantener un orden social que se justifica en sí mismo.

¿Qué ocurre, pues, en el Estadio 2 del Nivel Preconvencional, en el que se encuentra la mayor parte de los encuestados? ¿Puede decirse que están por fuera del universo normativo, justificándose así la exclusión de la relación jurídica?

La situación del Estadio 2 es, en alguna manera, peculiar: en la medida en que las relaciones interpersonales basadas en la conciencia de las expectativas mutuas, sentimientos y acuerdos compartidos no han tomado primacía sobre los intereses individuales, no existe todavía la dimensión del contrato social propia del nivel Convencional; *pero se trata ya de un sujeto en relación activa con otros individuos, en los que los elementos de igualdad, de reciprocidad y del mutuo compartir están presentes de alguna manera, aunque son siempre interpretados en una forma práctica, orientándose todavía en función de las normas externas* (heteronomía del Estadio 1) *y la evitación del castigo en defensa de sus intereses inmediatos y concretos*. Si bien las características del Estadio 2 son todavía las propias del nivel Preconvencional, el sujeto ha superado el realismo moral ingenuo del Estadio 1 –que lo conducía a comprender el significado moral de una situación como una cualidad física inherente a la propia acción– por medio de la adquisición de la *reversibilidad lógica* en la comprensión de la realidad del mundo físico (es decir, el pasaje al pensamiento operatorio concreto). El desarrollo de la reversibilidad le permitirá adquirir, para la comprensión del mundo social, una perspectiva basada en la *reciprocidad*.

La reciprocidad es, a esta altura del desarrollo moral, un asunto de “me das y te doy”, no de lealtad, gratitud o justicia, con lo cual son las necesidades personales las que determinan la aceptación o desviación. Es decir que tiene una escasa comprensión de las *reglas*, aunque **no puede decirse que éstas sean exteriores al sujeto**. Se trata de una reciprocidad moral, simple y concreta, que conlleva a un concepto de justicia como intercambio de favores: “Haz a los demás lo que te hacen a ti; no hagas a los demás lo que no deseas que te hagan a ti”; pero puesto que comprensión es, también, *acuerdo*, entenderse uno con otros, donde el otro es reconocido en una relación reflexiva, **el autor estima que la dimensión de la reciprocidad habilita al sujeto a sostenerse en una red de intercambios simbólicos, de la cual la administración de justicia forma parte**.

Si bien el Estadio 2, hallado en la mayor parte de los jóvenes evaluados, está todavía un paso atrás de la autonomía moral, las competencias alcanzadas a través de la *reciprocidad simple* habilitan al sujeto a:

1. Reconocer la existencia de intereses en conflicto y de situaciones que suponen un dilema moral.
2. Poder resolver dichos dilemas coordinando los intereses en conflicto, para tratarlos de forma estrictamente igual, a través de intercambios simples.

Se puede apreciar, de este conjunto de habilidades –no obstante el razonamiento centrado en una *perspectiva social individualista y concreta*, que lleva a interpretar de forma relativista el deber moral– la relación del sujeto a la ley normativa a través de intercambios simples (del tipo de la máxima “haz a los demás lo que ellos te hacen a ti o esperas que te hagan”).

Por su parte, la teoría psicoanalítica, que entraña una teoría sobre la constitución del sujeto dependiente de las vicisitudes de la alteridad (“desvalimiento y

dependencia del otro”), plantea a la conciencia moral como involucrando un juicio o actividad intelectual que puede estar determinado y regulado por las operaciones de los procesos primario y secundario respectivamente, pero que no debe ser confundido con el superyó en tanto imperativo insensato irreductible a todo juicio. En esta teoría, *la conciencia moral es consecuencia de la renuncia a lo pulsional que caracteriza a la operación constituyente del sujeto* en un proceso de alienación-separación en el que se resuelve la dependencia (significante) del sujeto respecto del Otro. Mientras la primer operación –el *vel* alienante– determina la división del sujeto por aparecer como sentido producido por el significante en el campo del Otro (manifestándose en su afánisis o *fading*), la segunda operación –de separación– da lugar a la aparición del sujeto ante la carencia del otro, carencia estructural que el sujeto aprehende como deseo-del-Otro en las fallas de su discurso (Lacan, J., 1964, clase 16).

Se trata de una instancia crítica que observa y **enjuicia** –aspecto este último que este trabajo destaca, y que la mayoría de los autores descuida– constituida a partir de la renuncia impuesta a lo pulsional: *decir no* es el índice de la condición operativa de la función conocida como “Nombre del padre” y, entonces, de la función judicativa.

Es así que la conciencia moral involucra un juicio, un “decir no” o juicio adverso que es el sustituto intelectual de la represión (Freud, S., 1925: 254); actividad intelectual que, determinada por el proceso primario y regulada por el proceso secundario, no se confunde con el superyó en tanto imperativo insensato irreductible a todo juicio. **Dicha actividad se expresa como una valoración que da cuenta del modo de referencia de la personalidad a las normas** (las representaciones culturales y éticas del individuo).

Se ha puesto de relieve también, en el apartado psicoanalítico de nuestro recorrido por las teorías psicológicas, que, en tanto valoración, no significa mero conocimiento (saber) intelectual, sino que presupone una *afirmación primordial {Bejahung}* por la cual el individuo *las acepta* como normativas, y que *hace de la conciencia moral algo que no es mera experiencia intelectual o conocimiento adquirido y aplicado a las situaciones concretas de la vida*, sino algo que el sujeto recibe y *acepta* en una operación constituyente de su psiquismo y en el curso de su desarrollo como persona. Se encuentra acá, en el campo psicológico, una distinción entre *saber* y *comprender* isomorfa a la que se halla en el campo jurídico, y que es preciso mantener en el terreno de la evaluación *psí forense*.

Dicho esto, *¿en qué momento del desarrollo podrían verificarse los atributos de la responsabilidad o capacidad psíquica de culpabilidad en el sujeto?* Las coordenadas para responder a esta cuestión residen en los términos de una interpretación genética del desarrollo moral como la que es dable encontrar en algunos puntos de la obra freudiana (Freud, S., 1930), verbigracia, la que distingue dos estadios del desarrollo moral: un *primer estadio o grado* –el de la llamada mala conciencia angustiosa o “conciencia de culpa” propia del niño pequeño, caracterizado por la tensión entre el yo y la autoridad externa, asimilable sin más a la heteronomía moral descrita por Piaget en su obra de 1932–, y el *segundo grado*, sobrevenido a partir de la incorporación de la ley por la instauración de un superyó y la consiguiente constitución de la conciencia moral y del sentimiento de culpa, estadio que puede asimilarse a la conquista de la autonomía moral y, por lo tanto, de la responsabilidad personal.

Se ha de entender pues, que concebir el desarrollo del sujeto moral como una operación de “socialización” –considerada ésta como *aprendizaje social* de conductas y valores socialmente determinados, o bien como *internalización* del universo normativo mediante una determinada operación psíquica– es una rémora sociológica producto de una insuficiencia interna del campo psicológico: la del retraso con el que adviene la Psicología al tratamiento de lo moral, y por la cual ésta permaneció en una relación subsidiaria con la filosofía y, más recientemente, con las ciencias sociales, utilizando sus categorías y nociones para el abordaje de la cuestión.

Este es el gran mérito de Jean Piaget, quien no busca tanto construir una teoría del desarrollo moral, como contestar las tesis sociológicas, particularmente la tesis de Durkheim sobre la sociedad como única fuente de moralidad, en lo que es un movimiento crítico-negativo de descarte de los corolarios psicológicos desprendidos de la sociología positivista, y que abre el camino a una nueva perspectiva: el enfoque constructivista o estructural-evolutivo, para el cual el desarrollo moral no es un proceso de internalización sino de adquisición de principios autónomos de justicia, tal como lo formula Lawrence Kohlberg.

En lo que corresponde a la teoría psicoanalítica, la hipótesis del Inconsciente da lugar a la construcción de una teoría del sujeto, respecto de la cual cabe decir que no debe ser asimilada a una nueva teoría de la personalidad psíquica. Se trata, en cambio, de una teoría que deja poco lugar a la dimensión diacrónica del desarrollo, privilegiando el eje sincrónico de su *constitución* por medio de una operación simbólica que funda al sujeto dividido consigo mismo. El sujeto postulado no es nada sustancial, sino la experiencia misma de la brecha de la conciencia en el momento de una equivocación o de un acto fallido, por ejemplo; experiencia que instala, sobre las certidumbres del Yo, la vivencia de una alteridad esencial: para el Yo que habla, el sujeto que habla es un Él.

El descentramiento operado por el descubrimiento freudiano –a partir de recusar la identificación del psiquismo a lo consciente– ha conducido a obturar un problema que es, también, freudiano: *¿Cuál es el lugar de la conciencia?* Desde su proyecto inconcluso de “psicología para neurólogos”, Freud (1895) ya no logrará incluir a la conciencia en su teoría. **No sería aventurado postular que una de las salidas al atolladero de la conciencia en el esquema freudiano es la conceptualización de la conciencia moral.** Pero sostener esto, necesariamente, daría lugar a otras investigaciones y recorridos. Para los alcances de este trabajo, basta afirmarse en aquella dimensión de la conciencia alumbrada por la práctica analítica misma, que permite disponer de una acepción empírica: la condición esencial de la conciencia es la verbalización del psiquismo, tal como lo atestigua la cura (KAUFMANN, P., 1996: 104b).

El modelo estructural-evolutivo prioriza el *razonamiento moral*, entendido como *la puesta en ejercicio de una actividad judicial que se plantea sobre un fondo de aceptación o desviación de la norma*; actividad que no es otra cosa que el uso que hacen los hombres de sus ideas morales en situaciones específicas y que puede adquirir distintos rasgos, sucesivamente identificables en uno de seis niveles o estadios definidos como universales (válidos en cualquier época y cultura), y *construidos* en un proceso de interacción del niño con el entorno social en el que aquél es protagonista con su actividad. Su agente es, pues, un sujeto que deviene consciente, libre y responsable a medida en que avanza en el dominio progresivo de formas de pensamiento cada vez más abstractas, alcanzando la capacidad de emitir

juicios cada vez más óptimos y valiosos, indiferentes a las particularidades de los contextos. Tal avance se identifica, en términos éticos, a la conquista de una *autonomía moral* equiparable, sin más, a un “tender hacia el bien, hacia lo recto, los valores o lo que se considere, en cada caso, lo óptimo” (Puig Rovira, J., 1996: 19), es decir, hacia una autonomía psicológica identificable con procesos formales de razonamiento, autoconciencia y poder de anticipación.

A este planteo de autonomía moral no cabe oponérsele el argumento del determinismo psíquico (inconsciente), extraído de la teoría psicoanalítica. Como se dijo más arriba (p. 64), este autor piensa que la teoría freudiana es la que mejor ciñe el origen de lo moral como una actividad judicativa, que se instala en el agujero de una *indeterminación* proveniente de una ausencia de “programación” (a partir de la teoría de la pulsión sexual, por ejemplo). Dicha indeterminación (la del objeto que conviene y completa al sujeto) permite situar al origen de lo moral precisamente en esa *abertura antropológica* que deja lugar al juicio moral. **Tal inacabamiento, no programación o indeterminación del sujeto es la que permite que se ubique allí esa función del juicio, dando lugar a un margen de *autonomía relativa*.**

En conclusión: *no se ha encontrado, en el estado del conocimiento psicológico actual, ningún argumento teórico que permita tratar al llamado menor –particularmente en el rango de edad de nuestro interés– como a un incapaz de culpabilidad y, por lo tanto, excluirlo de la relación jurídica.*

Ello es conteste con los supuestos contenidos y sostenidos por el *principio de autonomía progresiva* en el que se afirma el nuevo paradigma asentado por la Convención Internacional de los Derechos del Niño y recogidos por la legislación nacional argentina (Ley 26.061), aunque todavía descuidados en la legislación penal juvenil. Dicho principio –que, como se vio en un capítulo anterior, se encuentra contenido en el artículo 5 de la CIDN y recogido en la Ley 26.061, al sostener en su artículo 3 el derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta, afirmando su condición de sujeto de derecho y el pleno desarrollo personal de sus derechos según su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales– establece que los niños deben ejercer sus derechos de acuerdo a su edad y grado de madurez (“en consonancia con la evolución de sus facultades”), con el cuidado y acompañamiento de los adultos, en una suerte de salvaguardia que irá decreciendo de manera inversamente proporcional a la evolución e incremento de sus competencias cognitivas. Dichas facultades reconocidas se encuentran directamente vinculadas con el principio que se expresa en el artículo 12, el cual prescribe el derecho del niño a formarse un juicio propio, a expresar su opinión libremente, y a ser escuchado en todos los asuntos que lo afectan.

B. Análisis de los argumentos jurídicos

Se han examinado en primer lugar (Cap. 2) los fundamentos doctrinarios dados por la teoría jurídica del delito (aquellos que determinan tanto el estatus de no-punibilidad como la inimputabilidad del menor autor de delito), y se han identificado las razones alegadas que sostienen dicho *status quo*. Dichas razones se afirman en una determinada *calidad del sujeto* involucrado, calidad que se caracteriza por el *insuficiente desarrollo de la posibilidad de comprensión*. El carácter tuitivo del

Derecho de Menores se centra en este aspecto hasta el punto de una *identificación entre minoridad e incapacidad*.

Resumiendo: la imputabilidad como capacidad psíquica de culpabilidad será una característica que deba darse en el autor de un delito: capacidad que éste tiene para responder a la exigencia de que comprenda la antijuridicidad y de que adecue su conducta a esta comprensión –capacidad del sujeto que es la que le da a la conducta el carácter de imputabilidad (Zaffaroni, E. R., 1995: Vol. IV, 110) –. Se advierte en este autor una precisión conceptual de máxima importancia, al distinguir entre capacidad de culpabilidad –referida a una condición del autor– e imputabilidad como la característica que esa condición le da a su conducta típica y antijurídica. Inversamente, entonces, la *inimputabilidad* será caracterizada como *incapacidad psíquica de culpabilidad*.

No parece desacertado suponer, pues, que la no-punibilidad del menor se apoya en la fundamentación antropológica que emana tanto de la letra del Código Penal como del Código Civil, pero particularmente de la doctrina de la imputabilidad consagrada en el art. 34 del primero; y en la noción de *persona* que se desprende del Libro I del segundo: la imputabilidad es una cualidad de la conducta –la acción es imputable al sujeto– cuando el sujeto al cual se abona el comportamiento juzgado reúne las condiciones de madurez, salud y conciencia que le permiten *comprender* el disvalor o antijuridicidad del acto reprochable, y *dirigir* su conducta acorde con esta comprensión.

De este análisis surge que la alegada falta de capacidad en el menor de edad *no es sólo una mera presunción escogida por el arbitrio del legislador* o, como se dice, *juris et de jure*. Más bien se la hace depender de una serie de *atributos biopsicológicos y axiológicos*, que están presentes en el horizonte de los juristas, y que parece homogénea de la que contempla el primer caso del artículo 34 inc. 1º del Código Penal argentino: la *insuficiencia de las facultades*.

El tratamiento penal de la minoridad se basa, de esta manera, en la *incapacidad psíquica de culpabilidad* del llamado menor de edad, asimilable a la insuficiencia de las facultades –es decir, un incompleto desarrollo que determina una carencia: la referida a la facultad de comprender la norma y dirigir sus acciones conforme a esa comprensión (Fellini, Z., 1996, p. 50)–; y fundamento sobre el que se asienta el tratamiento penal de su condición: su estado de persona no completamente desarrollada, so pretexto de la cual se consagra la institución tutelar de protección jurídica.

Esto deja pendiente la pregunta acerca de **por qué es necesaria dicha identificación entre minoridad e incapacidad para llevar adelante su función tutelar y protectora.**

Al cabo del recorrido realizado es posible sostener que: dicha *incapacidad* encuentra su fundamento –más consistente cuanto más encubierto– en razones de política criminal, es decir, en la razón de Estado, tal como la articuló el proyecto de la generación del '80, más sólido que las razones de lógica interna (o dogmática penal).

Un análisis del modelo de legislación de menores que impera en la República Argentina demostraría que éste no es asimilable ni al llamado modelo “de justicia de menores” (propio de las legislaciones anglosajonas, donde predominan los aspectos garantistas) ni al llamado modelo “de bienestar” (por ejemplo, la legislación

escandinava) (Fellini, Z., 1996: 43). Se trataría, frente a estos modelos del derecho comparado, de un tercer modelo que podría denominarse “de pura defensa social” (Bacigalupo, cit. en: Fellini, Z., 1996), en el que las medidas tutelares previstas como consecuencia de la comisión de hechos punibles son, en verdad, medidas de protección de la sociedad. Según Fellini, el acento recae en el interés proteccional de la sociedad, evidenciado por la confinación del menor en instituciones cerradas a la vez que prescinde de los tratamientos alternativos al confinamiento (programas de libertad asistida, etc.):

“La doctrina y la legislación argentinas han priorizado reiteradamente aspectos tutelares o de política social; se ha sostenido así que la ley 22.278 tiene una absoluta prescindencia de la vinculación entre el hecho ilícito y el menor, por la función proteccional y de patronato que cumple; y también que sigue la tendencia actual para situar al menor fuera del Código represivo [p. ej., Ledesma, Guillermo, *El régimen actual de la minoridad*, 1981]. Se ha dicho que se busca educar y no sancionar [p. ej., Martínez Vivot, Julio (h.), *La disposición tutelar y el régimen de libertad asistida*, 1982]. Modernamente se han presentado objeciones a la idea de que la legislación penal de menores no deba servir a una finalidad de prevención general, se ha sostenido que el derecho penal de menores es verdadero derecho penal y que debe proteger las garantías individuales, ya que en reiterados casos las medidas tutelares llevan a privaciones de libertad, tanto o más prolongadas que las penas de prisión” (Fellini, Z., 1996: 44).

La pregunta que puede formularse –y que varios autores han ensayado responder– es: **¿cómo se ha construido este modelo? Es decir, ¿cómo se ha construido un pensamiento y una práctica tutelar hegemónica que, todavía hoy, y pese a la apelación a la Convención Internacional de los Derechos del Niño, atraviesan las relaciones sociales de la minoridad?**

Para un enfoque desde las teorías críticas, pueden consultarse, entre otros autores y ensayistas, a Daroqui y Guemureman (1999, 2001) y a Do Amaral e Silva (2001). Estos autores abordan lo que, en términos vertidos por Hugo Vezzetti, se trató de la organización de una empresa de moralización colectiva en los orígenes del Estado argentino, período en el cual se elaboró un discurso sobre la marginalidad, la locura y el delito –asunto que reclamaban una intervención médico-social: la que se plasmara en nuestras instituciones de tutela y correccionalismo (Vezzetti, H., 1982, 1983)–. En dicho período es de suma relevancia el papel desempeñado por el positivismo criminológico como filosofía e ideología asumida por la clase dirigente al estudio de los orígenes de la criminología en la Argentina (Del Olmo, R., 1981, 1992). Por ejemplo, el libro *Criminología*, de José Ingenieros, fue el primer texto de criminología clínica en ser publicado, no sólo en América Latina, sino en el mundo. A la vez, fue en este país donde se pusieron en práctica sus principios en el naciente sistema penitenciario nacional.

El movimiento político del higienismo médico y las tesis del positivismo jurídico confluyen, hacia fines del siglo XIX en la constitución del dispositivo psiquiátrico y criminológico (...), interesa destacar, en ese momento de constitución, (...) su condición propiamente tecnológica. Resulta así como un dispositivo metódico sobre la conducta, organizado en instituciones, normas y técnicas específicas. Por otra parte, *en él se funda la producción de cierto sistema de conocimientos que adquiere el papel de un modelo predominante*

para el conjunto de las ciencias sociales (...). (Vezzetti, H., 1982: 236. Las cursivas son nuestras. Cit. también en: Degano, J., 2005).

Es decir, la elaboración de un auténtico programa político-criminal por parte del positivismo criminológico de fines del s. XIX y de principios del s. XX, **cuyas premisas parecen pervivir en la legislación de menores.**

Entonces, un recorrido histórico por los antecedentes del derecho penal de menores en la República Argentina no puede obviar que el modelo de legislación de menores imperante en este país es un modelo de pura *defensa social*, correlativo a la afirmación de la doctrina positivista y la consolidación del modelo médico infiltrado en la legislación nacional, el que diera lugar a las experiencias alienistas y criminológicas argentinas (Vezzetti, H., 1983).

De la misma manera que determinadas condiciones sociales y políticas dieron lugar al desarrollo de una criminología clínica altamente especializada como respuesta de control social a la inmigración masiva y el desarrollo del movimiento obrero en la Argentina de fines del siglo XIX (Del Olmo, R., 1992), la difusión de las ideas de la escuela positivista italiana a través de sus corresponsales argentinos se articulaba, de manera funcional, al proyecto de desarrollo, organización e inserción del país en el mundo capitalista, en el lugar que como productor de materias primas agropecuarias le asignaba la división internacional del trabajo. Ello requería la solución de las perturbaciones internas agudizadas como resultado de la política inmigratoria implantada, justamente, para cumplir con ese rol. Si se tiene en cuenta que entre 1880 y 1890 ingresaron entre 100.000 y 200.000 extranjeros anualmente, no es de extrañar que a los problemas sociales derivados (hacinamiento y escasez de viviendas, carencia de trabajo para todos y/o condiciones de explotación, superpoblación urbana) se le sumara el incremento de la tasa de delitos.

La respuesta a esta situación, preocupante para la clase dirigente –minoría ilustrada que acogió con beneplácito las ideas del positivismo– consistió en la puesta a punto de un elaborado aparato de intervención médico-social, con las armas del higienismo, las prácticas alienistas, la constitución de un dispositivo correccional y, finalmente, una legislación represiva (Ley 4.144 de Residencia, de 1902; Ley 7.029 de Defensa Social, de 1910, *Ley 10.903 de Patronato de Menores*, entre otras).

Debe tenerse en cuenta que la noción de *defensa social* aparece entre los primeros penalistas y sociólogos positivistas: particularmente, en la *Sociología Criminal* de Enrico Ferri (1856-1929), aunque también había sido formulada por Lombroso. Las ideas de Ferri alcanzan su mayor desarrollo en materia de reacción penal, llegando a sostener que la sanción penal a imponer debe medirse no por una escala “abstracta”, sino por la cantidad de prevención o represión necesaria para preservar a la sociedad: así como el individuo está determinado para cometer delitos, sostiene Ferri (plantándose de esta manera contra el pensamiento de la escuela clásica y el derecho penal liberal basado en la posibilidad de un libre albedrío o autodeterminación), la sociedad está predispuesta a defenderse, de modo tal que el acto y la imputabilidad deben ceder a una proporción de necesidad de defensa social (Ferri, 1907, cit. en: Elbert, C., 2001: 55).

Ahora bien, **parece innegable la presencia de los postulados de Ferri en la legislación minoril**; la negación de la posibilidad del libre albedrío y el desconocimiento del principio de culpabilidad bajo una forma de la incapacidad psíquica de culpabilidad; la ferriana *temibilidad de autor* encubierta en la imagen invertida del “menor en peligro material o moral”, de la que se desprende el

establecimiento de auténticas *penas indeterminadas* bajo la figura de la “disposición” del menor; y finalmente el descreimiento mismo en la eficacia de las penas bajo la forma de la no-punibilidad y la opción subsiguiente por las *medidas de seguridad*, son todos ellos argumentos añosos provistos por la *Escuela positiva*.

Es, pues, en este contexto, que se ubica la Ley 10.903 de Patronato de Menores del año 1919 –la que, en rigor, no se trata de una normativa penal, aunque contiene normas relativas al procedimiento criminal de menores e introduce reformas a la concepción civilista de la patria potestad (Fellini, Z., 1996: 25)–. Así, por ejemplo, en los artículos 14 a 16 faculta a los jueces a disponer preventivamente (y por tiempo indeterminado) de los menores acusados o víctimas de delitos, en estado de abandono o en peligro material o moral, independientemente de las medidas o sanciones que correspondieran por aplicación de la ley penal.

Se trata de una legislación que introduce, en el ámbito jurídico argentino, “una cultura de la compasión-represión, que no sabe, no quiere, o no puede, amparar a los sectores más débiles de la sociedad, sin una previa declaración de incapacidad jurídica y social” (García Méndez, E., 1992: 5). Y crea, a la vez que una doctrina de la situación irregular, su sujeto: verdadero “monstruo bifronte” que es el menor abandonado-delincuente.

La capacidad del menor se ve afectada en lo concerniente al ejercicio de sus derechos y garantías debido a que la ley responde de esta manera a la condición de persona no desarrollada plenamente, determinando así, con la consagración de *incapacidad*, una institución de protección jurídica tendiente a resguardar los intereses del menor. Ahora bien, **si el art. 58 del Código Civil sienta como principio rector que los incapaces son protegidos al solo fin de suprimir los impedimentos derivados de su incapacidad, ¿cómo se condice este precepto con la normativa minoril que, para mejor cumplir con los alegados fines tutelares –orientados a suprimir los impedimentos devenidos de una “condición natural” – los declara *previamente* incapaces?**

Premisa lógica de la incapacidad que abona esta aporía: **los menores son protegidos al solo fin de suprimir los impedimentos derivados de su incapacidad, pero a tal fin se los declara incapaces.**

Ello sólo se explica por una *operación del discurso jurídico*, que consiste en el recurso a un presupuesto de “incapacidad natural” como paso previo a la incapacidad jurídica,³ para mejor conseguir determinados fines que son –en definitiva– fines de **política criminal**: al estado de minoridad como “estado de persona natural” distinto de la persona jurídica, se lo hace corresponder a una condición “natural” de “ser en formación”, es decir, de “incompleto desarrollo”. Dicho de otra manera, son los principios tutelares y pedagógicos de su normativa los que imponen una separación de la situación jurídica del universo adulto (D`Antonio, D. 1986: 40). Así, una “*diferenciación que se basa en sustentos naturales*”, justificada “*por la particular orientación que deben tener las normas*”, impone una separación de la situación jurídica del universo adulto en aras de realzar en su normativa la orientación tutelar y de fines pedagógicos que el legislador consagró. De esta forma, el tratamiento de la persona como sujeto de derecho aparece dividido en dos grandes sectores: el de los mayores y el de los menores de edad; justificándose esta

³ La opinión del autor de este estudio es, en este punto, coincidente con la del Dr. Jorge Degano (2005) –quien llega a este juicio en su propio recorrido de la problemática.

situación jurídica diferenciada en un dato fáctico cuya relevancia parece caerse de madura: la mera condición “natural” de un ser en formación, es decir, de “incompleto desarrollo”.

Pero dicha incapacidad funciona, en sentido lógico, como una *premisa*, construida a partir de la consideración del menor como sujeto sin desarrollo cabal, de la que se sigue, consecuentemente, la elaboración de un complejo dispositivo jurídico institucional de resguardo “*a fin de que el ser en formación alcance su evolución plena*”. (Debe tenerse en cuenta aquí lo antes consignado: que la capacidad “es aptitud que provee la ley y asunto que ella maneja y declara en función de los presupuestos de hecho que estima computables...”; o sea, aptitud legalmente reconocida al sujeto de la relación jurídica para que se convierta en titular de ella). Es oportuno dejar planteado la suerte de *inconsistencia lógica que surge de plantear que la capacidad es aptitud provista por la ley y el discernimiento aptitud dotada por natura, y, a la vez, sostener que la premisa de la incapacidad responde a una suerte de déficit natural del sujeto del derecho de menores por su falta de desarrollo*. ¿Para qué distinguir entre capacidad y discernimiento si la incapacidad se sostiene de una “natural” insuficiencia de su posibilidad de discernimiento, es decir, de comprensión de la antijuridicidad?

¿O será que, de todas maneras, la distinción entre *capacidad* y *discernimiento* es operativa para sostener otra aporía? La que encierra el hecho de que el menor *incapaz* puede ser *responsabilizado* por sus actos en el ámbito civil; a la vez considerarse legalmente efectuados –con discernimiento– los actos lícitos desde los catorce (14) años y los ilícitos desde la edad de diez (10) años (art. 921 CC)?

Contradicción o dificultad lógica insuperable de un razonamiento que pretende sostener, a la vez, la incapacidad penal a esas mismas edades, lo que entonces no se corresponde con la responsabilidad fijada en lo civil a los diez años. Y que para sostenerse, debe recurrir a la operación del discurso jurídico aludida tres párrafos más arriba: el recurso a la *ficción*.⁴

En efecto, dicha incapacidad tiene la estructura de una ***ficción jurídica*** y funciona como una ***premisa lógica*** de la cual se sigue una serie de consecuencias funcionales a tal razón: es decir, la elaboración de un discurso de legitimación intrasistemática del modelo de defensa social, que instala la idea de una “tutela”, pero que arroja por la ventana, junto al agua sucia de un derecho penal inhumano (anterior al advenimiento de las buenas intenciones de la utopía positivista) al niño de las garantías procesales. Como dice un reconocido jurista, este autoritarismo bienintencionado se sacó de encima la idea de tutela de un plumazo, justificado con el dudoso argumento de que las garantías sólo tienen sentido si existe castigo (Binder, A.: 1997, 241). Tal discurso se materializó en la constitución de un dispositivo institucional tutelar-correccional que, por su aspecto penológico, se conoce como «régimen penal de menores».

⁴ Habiendo recogido el término de *ficción* del curso del año 2001 con el Profesor Enrique MARÌ (UBA), el autor reconoce empero la prioridad, en la utilización de dicho concepto, de otro de sus profesores, el Dr. Jorge A. Degano, quien al momento de nosotros estar presentando el anteproyecto de esta tesis publicaba su propia tesis doctoral: *Minoridad. La ficción de la rehabilitación* (2005).

Las ficciones en el Derecho son un recurso usual, que a continuación se analizará. Y lo que desde esta investigación se ha dado en llamar la **premisa de la incapacidad** constituye una de ellas, como se verá a continuación:

En el parágrafo 2.1 (*Fundamentos de la inimputabilidad en la teoría del delito*; punto E, “La imputabilidad en la doctrina penal argentina”, pág. 39), se consignó que la *no-punibilidad* del menor consagrada en la Ley 22.278 es homologable al primer caso del ya analizado artículo 34 inc. 1º del Código Penal argentino: la *insuficiencia de las facultades*. La exclusión de pena de la menor edad debida a inimputabilidad, entonces, responde a un juicio (o presunción) que *no sólo no tiene carácter conjetural* –como sería el caso de una presunción cualquiera, es decir, de una proposición hipotética que afirma de manera apodíctica una propiedad susceptible de ser verificada o refutada, en este caso, la incapacidad psíquica de culpabilidad– sino que tiene un carácter preceptivo absoluto (“*juris et de jure*”) en contra de lo cual no vale ni se admite prueba alguna.

Por eso mismo, ya en su *Teoría del delito* (1973) Zaffaroni había descartado que se trate de una presunción, “porque la presunción se establece conforme a lo que generalmente acontece o es, en tanto que esto no cabe afirmar respecto de la inimputabilidad de un sujeto de 14 ó 15 años.” De admitirse el criterio dominante de la presunción *juris et de jure*, “se trataría de una *ficción* de inimputabilidad”, inclinándose por sostener que se trata más bien de una *causa personal de exclusión de la pena* (Zaffaroni, E. R., 1973: 598), es decir, de un límite prudente que el legislador impuso a la potestad punitiva del Estado.

Por eso, y por los efectos que acarrea la incapacidad psíquica del menor –de excluirlo no sólo de la pena sino del régimen de garantías consagrado y, por lo tanto, de la relación jurídica– desde la perspectiva de este trabajo se considera que lo que se ha dado en llamar la premisa de la incapacidad es, en realidad, una **ficción de incapacidad**, sin que, examinado el concepto de ficción tal como se lo verá más abajo, resulte evidente que una presunción sea análoga a una ficción.

Ahora, ¿qué es una ficción en Derecho? Es, ante todo, una de las formas bajo las cuales se presenta la cuestión de la *verdad*.

Según las lecturas realizadas, la *verdad* es presentada bajo tres formas distintas:

1) Como *valor proposicional*: lo *verdadero* –en oposición a lo falso– se trata de un valor que proviene de una relación de consecuencia entre las premisas y la conclusión de un argumento correcto. Éste es válido si su conclusión *se sigue de o es consecuencia de* sus premisas. Es éste el punto de vista de la dogmática o “ciencia normativa”, que estudia el producto de la actividad legislativa con el objeto de lograr su adecuada y segura aplicación, verificando las proposiciones sobre el alcance de los imperativos legales, establecidas mediante un procedimiento lógico en una construcción que tiene en cuenta la totalidad de ellos y que busca eliminar la contradicción aparente.

2) Como *exactitud o adecuación* entre la cosa y lo pensado (*adaequatio rei et intellectus*) es la certeza de un hecho o de una afirmación, establecida mediante los medios de prueba. Se trata de la verdad tal como se trata desde el punto de vista procesal: puesto que hechos y actos jurídicos son objeto de afirmación o negación en el proceso, es menester comprobar la verdad o la falsedad de lo que se afirma; siendo la prueba el medio de verificación de las proposiciones que los litigantes formulan en el juicio. Es la verdad que se establece, entre otros medios, con el

concurso de la “prueba de peritos” tal como se encuentra regulada en los distintos códigos de procedimientos civiles o penales, y cuya referencia es la *verosimilitud*.

3) Por último, la verdad en el derecho se presenta mediante el recurso de las *ficciones jurídicas*. Paradójicamente, la verdad es introducida –bajo la figura de la ficción– mediante un régimen que es el de “*lo conscientemente falso*” y participando de la categoría del “*como si*” en la medida de su utilidad, de sus objetivos de eficacia práctica. Es la de la *ficción* como *figura veritatis*. En palabras de Jeremy Bentham, se trata de una entidad a la cual no obstante atribuírsele existencia a base de la forma gramatical del discurso empleado al hablar de ella, no hay propósito alguno de considerarla realmente existente. El planteo de la *fictitious entity* introduce un grado de complejidad en el asunto que lo desplaza del clásico esquema de la cosa *versus* lo pensado.

Se puede extraer, del ensayo de Enrique Marí “La teoría de las ficciones en J. Bentham” (1987), interesantes aportes para pensar la cuestión.

Las ficciones sirven, entre otros fines, para ampliar el mundo de las cosas, tanto en literatura como en derecho. Su rasgo común es participar de la categoría del *como si*. Y esto, *en función de su utilidad*, de su objetivo de eficacia práctica (estéticos en un caso, de reordenamiento de los derechos y obligaciones en el otro). La *fictio juris* pertenece al régimen de “lo conscientemente falso”, rasgo que la distingue de la hipótesis, por cuanto no está sujeta a pruebas verificacionistas ni a test falsacionista, *sino a ser conservada prácticamente en la medida de su utilidad*. Las ficciones son, pues, creaciones arbitrarias semejantes a los números imaginarios, tal como señala Marí; no existen pero ayudan a crear el sentido propio del mundo jurídico y a desplazarnos en él (Marí, E., 1987: 20). Ejemplos de ficciones con los que el autor citado ilustra el concepto:

- Los seres ficticios llamados “personas jurídicas”, es decir, personas que no existen sino para fines jurídicos;
- La postulación del artículo 70 del Código Civil, que remite el comienzo de la existencia de personas a la concepción en el seno materno, estipulando que “*antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos como si ya hubieren nacido*”;
- Inversamente, el artículo 74 del mismo Código preceptúa que “*si muriesen antes de estar completamente separados del seno materno, serán considerados como si no hubiesen existido*”;
- El mismo código, artículo 2317, designa como inmuebles a los instrumentos públicos en donde constare adquisición de derechos reales sobre bienes inmuebles (Marí, E., 1987: 25-27).

A las cuales, se agregará la idea personal que ocupa este desarrollo: la ficción de *incapacidad psíquica* del menor de dieciséis años.

Marí establece el paralelo de las ficciones jurídicas con la literatura por cuanto, con su juego de significantes y representaciones simbólicas, suelen romper con los paradigmas de tiempo real y provocar experiencias semejantes a las de la narración novelística. Con ellas, las acciones humanas y sus efectos avanzan o retroceden, se suspenden por fuera de las estructuras del tiempo cronológico, revocan el pasado. El autor plantea la puesta de los cuerpos en ficción: desde que existe la sociedad como “cuerpo social” el individuo renuncia a su cuerpo real y biológico para

convertirse en sujeto de derecho. Hay entonces una ficción de ingreso o inscripción de los cuerpos en el derecho: el cuerpo se hace nombre y palabra del discurso jurídico, sin retorno al cuerpo desnudo salvo por otra ficción del derecho romano –la *mors civilis* o *capitis deminutio*, el hombre considerado como si estuviese muerto a los fines de la ley–.

Entonces, es necesario distinguir ficción (fingimiento a sabiendas para atribuir a una persona o cosa cualidades que no tiene, o para favorecer a quien el derecho no ampara) de *presunción*, la que se ubica en el registro de lo exacto –aunque no lo sea– y que remedia la falta de información empírica facultando a la resolución de casos, dando por conocidos los hechos relevantes.

Bentham construye una teoría de las ficciones dentro de otra más general acerca del lenguaje. Aquellas son productos de éste gracias a los artificios gramaticales por los que cobra existencia. Bajo el nombre de *entidad ficticia*, Bentham piensa un tipo de objeto del que, en todo lenguaje y para los propósitos del discurso, se debe hablar como existiendo. Estas entidades ficticias no se confunden ni con las entidades fabulosas (el diablo, por ejemplo) ni con las hipótesis. Se diferencia de éstas en que la hipótesis está dirigida a la realidad con la que tiende a coincidir en la percepción del referente, pretendiendo valer como expresión de lo verdadero y lo real.

En cambio la ficción es una invención, que si no es útil no tiene razón de ser, debiendo así ser eliminada.

Como se ha visto, dicha premisa es un recurso retórico, o, como dice Fellini (1996: 48), un “intento de legitimación intrasistemático” del modelo de defensa social que encubre bajo un manto piadoso posturas en su momento explícita y claramente enunciadas, como lo que sigue: "La sociedad tiene derecho de secuestrar a los menores cuya conducta sea manifiestamente antisocial o peligrosa, antes de que cometan delitos. No hay en ello restricción a la libertad civil, el menor no la posee...". (Ingenieros, J., 1913/2002: 228).

C. Resumen de conclusiones y Discusión

A continuación, se presentan las conclusiones del estudio resumidas en los siguientes tres puntos:

1. En primer lugar, no se ha hallado, en el estado del conocimiento psicológico actual, ningún argumento teórico que permita tratar al llamado menor, particularmente en el rango de edad de nuestro interés, como a un incapaz de culpabilidad y, por lo tanto, pasible de ser excluido de la relación jurídica.

2. Por otra parte, es dable encontrar –inclusive en el nivel del Estadio 2 (preconvencional) – esa actividad intelectual que involucra un juicio, un “decir no” o juicio adverso que se refiere a la existencia de la conciencia moral que es el sustituto intelectual de la represión (Freud, S., 1925: 254) y que se expresa **como una valoración que da cuenta del modo de referencia de la personalidad a las normas**. Por lo tanto, no hay razones suficientes –dicho esto incluso con el apoyo de los hallazgos del trabajo de campo, aunque no se le asigne valor demostrativo a estas evidencias, las que son metodológicamente insuficientes– para sostener el status de incapacidad psíquica de culpabilidad del

adolescente de la franja no punible, inclusive dentro del nivel de desarrollo moral propio del nivel preconvencional (Estadio 2), el cual es mayoritario en la población juvenil bajo régimen penal.

3. La inimputabilidad del menor, como causa personal de exclusión de pena, **se funda en la premisa de la incapacidad**, la que responde a la alegada razón (humanitaria) de excluir a los menores de las consecuencias punitivas que acarrea el régimen penal. Y si hoy no se puede menos que acordar con esa pretensión, dada la especial condición de ser en desarrollo del niño-adolescente, **ello no exime de señalar que los efectos que produce dicho régimen de incapacidad son contrarios a los fines que se alegan manifiestamente, puesto que excluye al niño-adolescente de la relación jurídica**, basándose para ello en un conjunto de medidas tutelares incompatibles con las normas que establecen los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Nacional, particularmente desde la incorporación de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del Adolescente en 1994. Cuando se expresa, en el párrafo que antecede, que se “excluye al niño-adolescente de la relación jurídica”, debe entenderse que lo segrega del régimen de garantías del que goza el adulto, y que por su especial condición de sujeto en desarrollo, debiera mantenerse e incluso sumársele otras más específicas para el universo infancia-adolescencia.

A los fines de la pendiente reforma legislativa del régimen penal de menores, ¿tiene utilidad alguna esta ficción de incapacidad? ¿Es posible sostener que tal reforma –progresista cuanto más garantizadora de derechos fundamentales son sus fines– entraña un verdadero cambio de paradigma cuando, como se percibe, sobrevive un tratamiento propio del esquema de defensa social?

La creación de un sistema de responsabilidad penal juvenil tendrá que apoyarse, pues, en la negación de esa diferencia radical entre adolescentes y mayores de edad, diferencia que era esencial para el derecho tutelar de menores, que los consideraba incapaces *juris et de jure* y no punibles.

Entonces, establecer la plena operatividad de la CIDN y la sanción de la Ley 26.061 supone que el régimen de capacidad jurídica de los niños y adolescentes sea modificado en consonancia al principio de la autonomía progresiva.

Para alcanzar dicha operatividad, no basta con reconocer que los niños y adolescentes son titulares de derechos, sino que *implica que puedan ejercer esos derechos por sí mismos de acuerdo a su etapa de evolución*. Y, a la vez, *supone que la normativa no debe establecer límites de edad fija que impidan tener en cuenta el grado evolutivo en el que niño se encuentra* –lo cual acarrearía un cierto grado de exclusión del universo de la infancia por debajo del punto de corte que impone dicha edad-límite: en efecto, el argumento de que todo niño menor de 14 años (menor impúber) es incapaz absoluto de realizar determinados actos puede interpretarse como una violación directa del concepto de autonomía progresiva que el cambio de paradigma pretende establecer para dicho universo.

Ello implica, a su vez, reconocer un hecho psicológico: las facultades de los niños y adolescentes, su juicio crítico y su juicio moral, su discernimiento, evolucionan, se desarrollan conforme ciertas pautas que la psicología evolutiva y del desarrollo ha establecido.

Un sistema legal basado en tal hecho debería basarse en la siguiente relación entre niños y adultos:

...a mayor madurez o aptitud de comprensión por parte de los niños y adolescentes, menor sería la representación, reemplazo o sustitución por parte de los progenitores; siendo contradictorio o violatorio a los derechos de participación, autonomía y libertad de los primeros si los segundos los sustituyen cuando ellos están en condiciones de ejercer por sí ciertos actos (Herrera, M., 2009: 122).

Ahora bien, reconocer la capacidad de autodeterminación del adolescente supone, no sólo reconocer su titularidad de derechos subjetivos, sino también asumir la posibilidad de consecuencias sancionatorias, restrictivas de derechos, derivadas del ejercicio autónomo de los mismos. Como se dijo más arriba, la creación de un sistema de justicia penal juvenil tendrá que apoyarse en la negación de aquella radical diferenciación entre adolescentes y mayores de edad que se basaba en la incapacidad del menor.

Es decir, deberá considerarse el argumento de que los adolescentes *se parecen* a los mayores de edad en lo que concierne a la capacidad de culpabilidad, y –en consecuencia– deberían responder penalmente.

La pregunta que queda abierta a la discusión, entonces, es: si son capaces de culpabilidad, ¿ello significa que deben responder penalmente?

Este autor considera que la negación de dicha radical diferenciación basada en la premisa de la incapacidad *no debe menoscabar el reconocimiento de otras diferencias provenientes a su condición de personalidad en desarrollo*, precisadas asimismo por la psicología evolutiva y que deben ser consideradas para formular los estándares diferenciados de juzgamiento y, eventualmente, de ejecución penal, identificando claramente en cuáles aspectos la situación del adolescente es diferente a la del mayor de edad, como para que aquellos principios reconocidos por la CIDN (fundamentalmente los artículos 37 y 40 de dicho instrumento) se formulen en un proceso diferenciado que los refleje: entre esos principios, la excepcionalidad del recurso a la privación de libertad –como último recurso y por el tiempo más breve que proceda–, la adecuación general de la reacción penal a la edad del adolescente, y la orientación especial de las sanciones y medidas a su reintegración con una función constructiva en la sociedad.

Por otra parte, la circunstancia de atribuir responsabilidad penal a los adolescentes con capacidad de culpabilidad no descarta la posibilidad de una capacidad penal disminuida por sus *menores competencias psicosociales*, las que determinan diferentes grado de autonomía y acarrear la necesidad de respuestas penales diferenciadas (considerando el principio constitucional de proporcionalidad, los fines de la pena y el deber de protección jurídica de la fase de desarrollo en que se encuentran los adolescentes). Tomar en cuenta la menor exigibilidad derivada de las diferencias evolutivas, otorga fundamentos más profundos a la exigencia de un tratamiento jurídico penal diferente al de los adultos.

En tal sentido, se echa de menos una caracterización y descripción precisa, soportada en conocimientos e investigaciones psicológicas específicas y actualizadas, acerca de cuáles son los aspectos y variables de la realidad personal y social del adolescente que constituyen esas diferencias, más allá de las genéricas

apelaciones a un menor grado de desarrollo, menor madurez y menores competencias, o bien a sus necesidades especiales o a su mayor vulnerabilidad.

A la vez, el reconocimiento de estas diferencias no implica retrotraer su estado jurídico a una situación parecida a la planteada por el derecho tutelar de menores, reintroduciendo por la ventana y bajo un nuevo ropaje, las nociones (distintivas de dicha tradición tutelar) de desvalimiento, desprotección e incapacidad, tomadas como rasgos distintivos de la infancia. Y proporcionará, junto con la afirmación del principio de autonomía progresiva, los fundamentos empíricos y normativos para un tratamiento acorde a su condición.

Al momento de redactar estas líneas, parece haber suficiente consenso jurídico como para reformar o sustituir el Régimen Penal de la Minoridad (Ley Nacional 22.278 y 22.803). Las razones alegadas son diversas pero todas suman en el sentido de un cambio legislativo: sea porque dicho régimen es un reflejo del viejo paradigma tutelar del Patronato y, por lo tanto, entra en conflicto con el nuevo paradigma vigente desde 1989; o bien porque fue sancionado durante la última dictadura militar, suman adhesiones diversas propuestas reformistas.

Se cita, a continuación, algunas iniciativas:

Mediante una resolución ministerial, la Nro. 578 de marzo de 2008 del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, y que fuera publicada en el Boletín Oficial, se creó la *Comisión para la reforma y actualización legislativa del régimen penal juvenil*. El objetivo de dicha comisión, según establece en su art. 3 la citada resolución, es “elevar un proyecto de ley de reforma y actualización legislativa del régimen penal juvenil”, lo que está pendiente todavía.

Previamente, el Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia, en el cual participan todas las provincias argentinas, había señalado en la declaración de su fundación que “atento a las gravísimas dificultades que se verifican en relación a niñas, niños y adolescentes en conflicto con la ley penal (...) señala la imperativa necesidad de derogar las disposiciones de la Ley N° 22.278, dando paso a un régimen legal acorde a la Doctrina de la Protección Integral de Derechos” (Diciembre de 2006). Pero ya en 2005, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en su fallo sobre el caso Maldonado (Maldonado, Daniel Enrique y otro s/Robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado – Causa N° 1174) sostuvo, en relación al decreto 22.278, que: “*una característica distintiva y criticable que ha tenido este sistema judicial de menores es que históricamente no ha establecido una línea divisoria clara entre el niño imputado de un delito de aquel otro niño desamparado o incluso del que fue víctima, en efecto, para esos casos el juez tiene respuestas similares, entre ellas disponer de ellos, que en muchos casos ha implicado internación...*” *la justicia de menores históricamente se ha caracterizado por un retaceo de principios básicos y elementales que se erige en todo debido proceso, tales como el de legalidad, culpabilidad, presunción de inocencia, proporcionalidad y defensa en juicio*”.

Conforme con este consenso, hay numerosos proyectos de reforma del régimen penal de menores en el Congreso de la Nación, propuestos por diferentes partidos políticos y en el sentido de dotar a dicha legislación del espíritu de Convención sobre los Derechos del Niño. Hacia fines de 2007, según señala Guemureman (2012),

había seis proyectos de reforma en la Cámara de Senadores con trámite parlamentario y otros diez en la Cámara de Diputados. Durante 2008 algunos perdieron estado parlamentario e ingresaron otros nuevos.

Dichos proyectos, según esta investigadora, pueden clasificarse en dos tipos: unos que se centran meramente en la baja de la edad de imputabilidad (“reformistas”) y otros que proponen un sistema de responsabilidad penal juvenil desde el enfoque de la garantía de derechos (“innovadores”). Los primeros enfatizan en el sistema penal que conviene, y centra la actualidad del tema en la discusión acerca de si corresponde bajar la edad de imputabilidad de los menores, renovada cada vez que los medios de comunicación publican graves delitos cometidos por jóvenes menores de 18 años, lo que lleva a la opinión pública a pedir su encarcelamiento. Los segundos, promueven el sistema de garantías de derecho que comienzan con la Convención de los Derechos del Niño. Y no cabe duda la tensión entre estas dos perspectivas redonda en lo inconcluso del proceso de reforma, caracterizado por un escenario de dualidad, en la convivencia de la doctrina de la situación irregular y la de la protección integral (GUEMUREMAN Y DAROQUI, 1999).

Una de las últimas iniciativas –resultado de la síntesis de varios proyectos en juego– fue la presentación de un proyecto modificatorio de la Ley 22.278 (“Régimen Legal aplicable a las personas menores de 18 años en conflicto con la ley penal”), por parte de las senadoras Perceval (Frente para la Victoria, Provincia de Mendoza) y Escudero (Frente para la Victoria, Provincia de Salta), que obtuvo media sanción del Senado de la Nación Argentina en noviembre de 2009, y cuyo tratamiento se malogró en 2010 (el proyecto de Ley en Expte. S-0734/08, elevado por María C. Perceval y Sonia Escudero se puede consultar en: www.congreso.gov.ar).

Dicho proyecto establece, en su artículo primero, que “tiene por objeto establecer la responsabilidad de las personas menores de dieciocho (18) años de edad y mayores de catorce (14) años al momento de la comisión de un hecho tipificado como de acción pública”. En su artículo tercero, dispone que están exentos de responsabilidad los menores que no alcancen la edad de 14 años, y los que tengan entre 14 y 15 años, respecto de delitos de acción privada, los sancionados con multa, inhabilitación o con *pena mínima privativa de libertad inferior a tres años*. Respecto de los menores de 16 y 17 años, continúan siendo inimputables respecto de delitos de acción privada, con pena de multa o inhabilitación, o con pena mínima privativa de libertad a dos años. En este rango de edad los menores son imputables por la actual ley, mas no lo son *respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos años, con multa o con inhabilitación*.

Se verifica, pues, por un lado, que se amplía la punibilidad respecto de jóvenes de 14 y 15 años, pero en lo concerniente a personas de 16 y 17 años se reducen los tipos delictivos de la lista de delitos imputables. En resumen, el proyecto que comentamos *baja la edad de imputabilidad de los menores a los 14 años respecto de determinados delitos, eximiendo de responder por otros tantos a los menores de 16 y 17 años*. Pero este último y paradójico producto de la labor legislativa que citamos parece ser expresión de una formación de compromiso entre las dos tendencias contrapuestas señaladas más arriba: *reforma* (respecto de la edad de imputabilidad) e *innova* (este proyecto modificatorio considera los tratados internacionales, principios, derechos y garantías acordes con la Convención

Universal de Derecho del Niño y con las “Reglas de Beijing” de las Naciones Unidas, tal como se enuncia taxativamente en el Capítulo II, arts. 5 y 6).

Ahora bien, este proyecto –como otros que a lo largo de la experiencia profesional del autor, ha tenido ocasión de examinar– no dice una palabra respecto de la condición de incapacidad. No se desmonta –por decirlo de alguna manera– la premisa de la incapacidad. Y esto es por una confusión que es dable encontrar a nivel del análisis que hacen, incluso, algunos juristas que hacen de comunicadores sociales cuando de referirse doctamente a la cuestión es menester.

En efecto, en cualquier proyecto de reforma realmente renovador es necesario mantener y profundizar la distinción –comprensible desde la teoría jurídica del delito– entre *capacidad psíquica de culpabilidad* y *capacidad de punibilidad*.

Con esto, se quiere decir que **el hecho de considerar al menor de edad con capacidad psíquica suficiente para incluirlo en la relación jurídica de la cual lo excluye el paradigma anterior, no significa que automáticamente esto acarree para él la condición de punible**: en efecto, la punibilidad es materia de política criminal y asunto del legislador, que deberá encontrar otra excusa que la presunta incapacidad valorativa para declararlo al menor no punible.

Dicho de otra manera: si, como se vio en el segundo capítulo de este trabajo, para la teoría jurídica del delito

Culpabilidad = Reprochabilidad,

esto es, “el conjunto de presupuestos o caracteres que debe presentar una conducta, para que le sea jurídicamente reprochada a su autor” (Zaffaroni, E. R., 1995: Vol. IV, p. 10), es decir, **una característica valorativa que da cuenta del modo de referencia de la personalidad a las normas; y, según las conclusiones de este estudio, la conducta del menor no carece de esta capacidad**. En consecuencia, el menor es *reprochable*, pero a condición de mantener –como supuesto de política criminal ligado a los derechos humanos y al paradigma de la protección integral– que:

Reprochabilidad ≠ Punibilidad.

En efecto, este es un argumento clarísimo para un jurista: se entiende que, en el Derecho Penal, puede ocurrir –en múltiples situaciones que exceden a este espacio citar– que a un hecho culpable no le siga como consecuencia jurídica la pena: casos en los que la ley determina que ella no debe operar pese a la existencia de los demás elementos o caracteres constitutivos de delito (acción típica, antijurídica y culpable).

Sugerencias de futuros estudios

Otra cuestión que, como derivación de este trabajo, es interesante retomar en futuros estudios, es la de *investigar si la noción de responsabilidad* (uno de los puntos de entrecruzamiento por el cual es posible la introducción de la dimensión subjetiva en el orden dogmático del derecho) *es pasible de ser operacionalizada por medio de la noción de conciencia moral, en todos aquellos casos en los que es necesario fundar cualquier afirmación sobre la responsabilidad penal o civil,*

particularmente aquellos sujetos cuyo tratamiento por el derecho es, cuanto menos, problemático.

Particularmente relevante es el problema que entraña la llamada «psicopatía» o, más actualmente, los «trastornos antisociales de la personalidad», término cuyo alcance y validez nosográfica siguen siendo discutidos.

En efecto, la entidad que desde la semiología psiquiátrica clásica se delimitó como psicopatía se diluye hoy en un conjunto heterogéneo de trastornos no psicóticos de la personalidad (particularmente, la *personalidad antisocial* y la *limítrofe*). Pero si la llamada psicopatía es uno de los problemas más discutidos dentro de las ciencias penales, es porque su cuadro pone en jaque la tesis alienista de la alteración morbosa de las facultades que, con su énfasis en el elemento intelectualista, negó relevancia a esta entidad y descuidó en general que existen sujetos con graves perturbaciones de otro orden que el de la capacidad de comprensión. La tesis de Zaffaroni, quien cita en su *Tratado* a Joel Zac (1977), parte de concebir a la psicopatía como “gravísima perturbación de la esfera afectiva”, perturbación a la que extiende el manto de la inimputabilidad basado en que la enfermedad mental excede con mucho a la mera afección de la esfera intelectual. La descripción que hace Zac del psicópata, tomada, en verdad, de H. Cleckley (1941), como un sujeto cuya actitud básica es agresivamente antisocial, encubierta bajo una máscara de salud, dotado de una gran capacidad seductora, irresponsable, con serias dificultades para aprender de la experiencia, con una afectividad inmadura a partir de la vivencia de una extremada falta de amor, carencia determinante de una agresividad que se instala con un propósito vindicativo puesto que sustituye con la víctima a figuras parentales frustradoras de su niñez, incapaz de tolerar la frustración de sus impulsos, etc., lo lleva a concebir *en el psicópata una incapacidad para internalizar valores* (Zaffaroni, E. R., 1995: 155), porque el psicópata no concibe que la conducta se motive de otra forma que en la inmediata satisfacción de sus apetencias o en el deseo de venganza por la frustración de sus impulsos. Esta distorsión, concebida como *trastorno de la esfera afectiva*, conduce a pensar en la *inimputabilidad del psicópata*: si éste no puede internalizar valores, por consiguiente el derecho penal no puede exigirle que los internalice y reprocharle que no lo haya hecho. Respecto de la tesis de Zaffaroni: se traza, con la misma, una correlación demasiado estrecha entre el factor impulsivo-motivacional y la supuesta no-internalización de valores: la distinción es valiosa, pero debe investigarse dicha incapacidad valorativa.

Otro tema es *investigar la posibilidad de identificar una “posición subjetiva refractaria a la ley”, susceptible de ser descripta, no tanto por criterios conductistas o de desviación social, sino por una **semiología de la actividad judicial**, por una determinada calidad de juicio moral; es decir, por una estructura del juicio que dé cuenta del modo de referencia de la personalidad a las normas (las representaciones culturales y éticas del individuo) que permitiría, eventualmente, identificar modos posibles de referencia de la personalidad al universo normativo.*

A tal fin, se presenta un ensayo tipológico que podría ser empíricamente contrastado con un estudio de casos, basado en tres **modos de referencia de la personalidad al universo normativo**:

a) El sujeto que, *atravesado* por la ley y como consecuencia de la renuncia a lo pulsional (operación constituyente del sujeto por medio del drama edípico), es capaz

de instrumentar un juicio, un “decir no” o juicio adverso que es el sustituto intelectual de la represión. Esta actividad intelectual se expresa como una **valoración** que, en tanto tal, no significa el mero conocimiento intelectual de las normas, sino que presupone la *afirmación primordial* {*Bejahung*} por la cual el individuo *las acepta* como normativas. Este modo de referencia de la personalidad al universo normativo sienta las bases de una *competencia moral* –es decir, las habilidades que permiten coordinar razonamiento moral y comportamiento social convencional–.

b) El sujeto con *deficitaria* competencia moral, que –por no haber desarrollado frenos inhibitorios (conciencia moral) – *refracta* la norma. Sin un adecuado grado de desarrollo de la capacidad de enjuiciamiento moral, tampoco experimenta la angustia de la conciencia moral, vale decir, el sentimiento de culpabilidad. Se trata del sujeto *antisocial* que contempla la nosografía estadística y descriptiva, pretendidamente ateórica, del *Manual estadístico y diagnóstico para la clasificación de los trastornos mentales* tal como aparece bajo el código-ítem F60.2, dentro del apartado de los trastornos no psicóticos de la personalidad (DSM IV, 1994: 662).

c) Por último, el caso del individuo *con adecuada competencia moral, sin sentimientos de culpa*. Se trataría acá del auténtico psicópata, asimilable quizá a la fenomenología del sujeto antisocial (desde una perspectiva descriptiva tributaria de las objetivaciones psiquiátrico-criminológicas, tal como lo describe Hervey Cleckley (1941) y cuya evaluación sistematiza Robert D. Hare desde 1978 a nuestros días) pero que, desde la perspectiva de una teoría psicoanalítica del sujeto, *eventualmente* puede llegar a responder a la estructura psíquica inconsciente de la *perversión*. Para entrar en esta teoría, única que resulta satisfactoria en la comprensión de este tercer caso, habría que describir dicha estructura, su organización en torno, no ya a la represión, sino al *desmentido*, el valor supremo otorgado al *goce* frente al deseo, y, por último, examinar la relación subjetiva que el perverso mantiene con la Ley para demostrar que, pese al sentido común que confunde perversión y transgresión, el perverso no es un fuera-de-la-ley. Puesto que si cae en el desafío y la provocación a las instancias que representan la ley, ello es en nombre de otra ley superior que se inscribe en el corazón de la estructura perversa, y que no es una ley humana sino una ley natural cuya existencia el perverso es capaz de sostener y de argumentar con una virtuosidad a menudo notable, y cuya letra no escrita impone *la obligación de gozar*.

Por último, resultaría interesante actualizar los estudios sobre nivel de desarrollo moral en población general, valorando aspectos diferenciales en función de edad y género.

Si bien se sostiene –con Kohlberg– que hay suficientes evidencias de una secuencia universal, culturalmente invariante, de estadios del juicio moral, no resultaría irrelevante contar con información local (República Argentina) acerca de diferencias en el desarrollo debidas a variaciones culturales, sociales, educativas o de género.

Así, pues, sería interesante contar con datos actualizados de población general y juvenil, obtenidos de una muestra representativa que abarque a todos los segmentos sociodemográficos (particularmente según sexo, edad y educación), atendiendo a dos aspectos:

Por una parte, si bien para Kohlberg el hecho de que una determinada población se encuentre representada, dentro de un alto porcentaje, en los estadios iniciales del desarrollo moral, no invalidaría su teoría sino que ilustraría cómo condiciones sociales poco favorables limitan el desarrollo de los sujetos a capacidades menos avanzadas en términos morales e intelectuales (puesto que la estabilización del pensamiento moral en estadios avanzados es un resultado del proceso de socialización), en este trabajo se ha encontrado que –en algunos de los casos de población adolescente provenientes de estratos sociales más favorecidos por su acceso a la educación y nivel de ingreso de los padres– existe un nivel de desarrollo moral parecido a los de la muestra de jóvenes infractores, lo que es en cierto modo una sorpresa.

Por otra parte, sigue siendo interesante incorporar –en el estudio del desarrollo moral– la comprensión de la diferencia por la vía de las diferencias sexuales, lo que introduce la perspectiva de género en la comprensión de otras orientaciones morales que la de la justicia para la consideración de los juicios éticos. La ética del cuidado y de la responsabilidad, o de la benevolencia, de Gilligan, sigue siendo la perspectiva más prometedora.



REFERENCIAS CITADAS

- AA.VV. (2001). *La carrera delincuencia en Bogotá. El caso de la delincuencia menor. Informe final de investigación*. Instituto de Estudios Políticos-IEPRI (Universidad Nacional de Colombia).
- Abram, K., Teplin, L. A., McClelland, G. M. & Dulcan, M. K. (2003). Comorbid psychiatric disorders in youth in juvenile detention. En: *Archives of General Psychiatry*. 60(11):1097-1108.
- Aguirre Dávila, Eduardo *et al.* (2001). Informe Final de Investigación: "La carrera delincencial en Bogotá: el caso de la delincuencia menor." Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Baratta, Alessandro (2004): "Infancia y democracia", en Emilio García Méndez, E. y M. Beloff (Comps.), *Infancia, ley y democracia en América Latina*. Bogotá, D.C.: Editorial TEMIS S.A.
- Barreiro, Alicia V. y Castorina, José A. (2006). Relaciones entre la noción de justicia y la creencia colectiva en el orden del mundo: Una introducción a las concepciones infantiles. En: *Anuario de investigaciones*, 14. Facultad de Psicología, Universidad de Buenos Aires.
- Bègue, Laurent (1998), "De la "cognición moral" en el estudio de las estrategias del posicionamiento moral: Aproximación teórica y controversias actuales en Psicología Moral". *L'Année psychologique*, 1998, 98.
- Beloff, Mary A. (1993). "Niños y adolescentes: los olvidados de siempre. A propósito de la Reforma Penal introducida por la ley 23.894". En: MAIER, Julio (Comp.). *El nuevo Código Procesal Penal, análisis crítico*. Buenos Aires: Ediciones del Puerto.
- (2005). Los adolescentes y el sistema penal. Elementos para una discusión necesaria en la Argentina actual [Versión electrónica]. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 6, Nro. 1.
- Boletín Oficial de la República Argentina (2009). *Ley 26.579. Modificación Mayoría de edad*. Año CXVII, Nº 31.806. Buenos Aires: Dirección Nacional del Registro Oficial. En: <http://www.boletinoficial.gov.ar/DisplayPdf.aspx?s=01&f=20091222>
- Brenlla, M. E. & Salvia, A. (2005). "Juicio moral y condiciones de desigualdad social". Buenos Aires: Actas del 30º Congreso Interamericano de la SIP.
- Caballero, José S. (1963). *Regulación de la tutela y de la represión de los menores delincuentes en la República Argentina*. Buenos Aires: AMEBA.
- Cabello, Vicente P. (1982). *Psiquiatría forense en el derecho penal*. Tomo I. Buenos Aires: Editorial Hammurabi.
- Calo, Orlando (2012). Aportes psicoanalíticos al estudio de la moralidad. *Revista Borromeo*, 3. En: <http://borromeo.kennedy.edu.ar/Articulos/MoralidadCalo.pdf>
- (2013). Sujeto de los discursos normativos y psicoanálisis. V *Congreso Internacional de Investigación y Práctica Profesional en Psicología XX Jornadas de Investigación Noveno Encuentro de Investigadores en Psicología del MERCOSUR*. Buenos Aires: Facultad de Psicología - Universidad de Buenos Aires. En: <http://www.aacademica.com/000-054/674>.

- Camargo, Luis (2005). *Encrucijadas del campo psi-jurídico. Diálogos entre el derecho y el psicoanálisis*. Buenos Aires: Letra Viva.
- Canino, G. et al. (2004). The DSM-IV rates of child and adolescent disorders in Puerto Rico. En: *Arch. Gen. Psychiatry*, 61: 85-93
- Castelli, Anselmo G. P. (2011). Incidencia de la Ley 26.579 en el régimen Penal de Menores. En: *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, abril 2011: 4, 608-612.
- Castorina, J. A. et al. *Problemas en Psicología Genética*. Buenos Aires: Miño y Dávila Editores, 1989. Parte III: "Psicogénesis de las ideas infantiles sobre la autoridad presidencial. Un estudio exploratorio".
- Casullo, M. M. (1994). *SCL-90. Cuestionario de evaluación psicopatológica general. Adaptación castellana de la técnica*. Facultad de Psicología, Universidad de Buenos Aires.
- Casullo, María Martina y Castro Solano, Alejandro (1999). Síntomas psicopatológicos en estudiantes adolescentes argentinos. Aportaciones del SCL-90-R. En: *Anuario de Investigaciones*, 7, 147-157. Facultad de Psicología, Universidad de Buenos Aires.
- Casullo, María M. y Fernández Liporace, Mercedes (2001). Estrategias de afrontamiento en estudiante adolescentes. En: *Revista de Investigaciones*, 6 (1). Facultad de Psicología, UBA.
- (2001). *Malestares psicológicos en estudiantes adolescentes argentinos*. En: *PSYKHE*, 10 (1), 155-162.
- Casullo, María M. y Pérez, Marcelo (2008). *El Inventario de Síntomas SCL-90-R de L. Derogatis*. Adaptación UBA-CONICET.
- Código Civil de la Nación (Ley 340). Libro I, *De las personas*. En: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texact.htm>
- Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994). En: <http://www.infojus.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo Civil y Comercial de la Nacion.pdf>
- Código Penal de la República Argentina. Título V, *Imputabilidad*. Comentado por Ossorio y Florit, Buenos Aires: Editorial Universidad, 1996.
- Colby, Anne, Kohlberg, Lawrence et al. (1987). *The measurement of moral judgment*. New York: Cambridge University Press.
- Colby, A., Kohlberg, L., Gibbs, J. & Lieberman, M. (1983). A longitudinal study of moral judgment. En: *Monographs of the Society for Research in Child Development*, 48.
- C. S. J. N. (Corte Suprema de Justicia de la Nación). M. 394. XLIV, Recurso de hecho, "M., G. c/ P., C. A.". Sentencia del 26/06/2012, disponible en: <http://www.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=355477>
- Cortés Pascual, Alejandra (2002). La contribución de la psicología ecológica al desarrollo moral. Un estudio con adolescentes. En: *Anales de Psicología*, vol.

18, Nº 1 (junio), pp. 111-134. Murcia (España): Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia.

- Couso, Jaime (2012). La especialidad del Derecho penal de adolescentes. Fundamentos empíricos y normativos, y consecuencias para una aplicación diferenciada del Derecho penal sustantivo. En: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXVIII, 1er Semestre de 2012, 267-322.
- Creus, Carlos (2011). *Derecho penal. Parte General*. Buenos Aires: Astrea.
- D'Angelo, Flavio A. y Barisonzi, Eduardo (2005). Salud Mental y desarrollo moral en adolescentes en conflicto con la ley penal. Buenos Aires: XII Jornadas de Investigación de la Facultad de Psicología (UBA) y Primer Encuentro de Investigadores en Psicología del Mercosur.
- D'Antonio, Daniel H. (1986). *Derecho de menores*. Buenos Aires: Astrea.
- Daroqui, Alcira y Guemureman, Silvia (1999). "Los menores de hoy, de ayer y de siempre. Un recorrido histórico desde una perspectiva crítica". En: *Revista Delito y Sociedad*, Año 8, Nro. 13.
- (2001). *La niñez ajusticiada*. Buenos Aires: Ediciones del Puerto.
- Degano, Jorge A. (1983), *El sujeto y la ley. Y otros temas psicológico-forenses*. Rosario: Homo Sapiens.
- (2005), *Minoridad. La ficción de la rehabilitación*. Rosario, Editorial Juris.
- (2011). *La responsabilidad precluida en el goce del crimen y el tratamiento judicial*. Buenos Aires: Letra Viva.
- Del Olmo, Rosa (1981). *América Latina y su criminología*. México: Siglo XXI.
- (1992). Criminología argentina. Apuntes para su reconstrucción histórica. *Biblioteca de Ciencias Penales, Nº 10*. Buenos Aires: Depalma.
- Delval, Juan (1994). El conocimiento del mundo social. En: *El desarrollo humano*. Madrid: Siglo XXI de España.
- Delval, Juan y Enesco, Ileana (1994). *Moral, desarrollo y educación*. Madrid: Anaya S.A.
- Derogatis, L. R. (2003). *SCL-90 R. Cuestionario de 90 síntomas*. Madrid: TEA Ediciones.
- Díaz Nieto, Oscar & EliceGUI González, Marian (2000). Desarrollo moral en menores infractores. Una aproximación empírica a partir de Kohlberg. Documento de Internet. En: <http://es.scribd.com/doc/81060961/Desarrollo-Moral-de-Kohlberg>.
- Do Amaral e Silva, Antonio F. (2001). La protección como pretexto para el control social arbitrario de los adolescentes o la supervivencia de la doctrina de la situación irregular. En: García Méndez, E. (2001), *Adolescentes y responsabilidad penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Espinosa Breen, P., Díaz, M. C., Vidal Vázquez, M. A. (2002). Conducta antisocial y desarrollo moral en el menor. *Psicothema*, Vol. 14. 26-36.
- Fellini, Zulita (1996). *Derecho penal de menores*. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc.

- Fleitlich-Bilyk, B. & Goodman, R. (2004). The prevalence of Child psychiatric disorders in South East Brazil. En: *J. Am Acad. Child Adolesc. Psychiatry*; 43: 727-34.
- Fontán Balestra, C. (1966). *Tratado de derecho penal, Parte General II*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Freud, Sigmund (1906/1988) "La indagatoria forense y el psicoanálisis". *Obras Completas*, Vol. IX. Buenos Aires: Amorrortu Editores,
- (1913/1989), *Tótem y Tabú*. En: *Obras Completas*, Vol. XIII. Buenos Aires: Amorrortu Editores.
- (1914/1989). *Introducción del Narcisismo*. En: *Obras Completas*, Volumen XIV, Buenos Aires: Amorrortu Editores.
- (1916/1988), "Los que delinquen por conciencia de culpa" En: "Algunos tipos de carácter dilucidados por el trabajo psicoanalítico", *Obras Completas*, Vol. XIV. Buenos Aires: Amorrortu Editores.
- (1923/1989), *El yo y el ello*. En: *Obras Completas*, Vol. XIX. Buenos Aires: Amorrortu Editores.
- (1924/1989). "El problema económico del masoquismo". En: *Obras Completas*, Vol. XIX. Buenos Aires: Amorrortu Editores.
- (1925/1988). "Algunas notas adicionales a la interpretación de los sueños en su conjunto. La responsabilidad moral por el contenido de los sueños". *Obras Completas*, Vol. XIX, Buenos Aires: Amorrortu Editores
- (1925/1989), "La negación". En: *Obras Completas*, Vol. XIX. Buenos Aires: Amorrortu Editores.
- (1928/1988). "El dictamen de la Facultad en el proceso Halsmann". En: *Obras Completas*, Vol. XXI. Buenos Aires: Amorrortu Editores.
- (1928/1988). "Dostoievski y el parricidio". En: *Obras Completas*, Vol. XXI. Buenos Aires: Amorrortu Editores.
- (1930/1988). *El malestar en la cultura*. En: *Obras Completas*, Vol. XXI. Buenos Aires: Amorrortu Editores.
- (1933a/1988). "La descomposición de la personalidad psíquica". En: Nuevas conferencias de introducción al psicoanálisis, *Obras Completas*, Vol. XXII. Buenos Aires: Amorrortu Editores
- (1933b/1988). "Angustia y vida pulsional". En: Nuevas conferencias de introducción al psicoanálisis, *Obras Completas*, Vol. XXII. Buenos Aires: Amorrortu Editores.
- , S. (1938/1988). "Conclusiones, ideas, problemas". En: *Obras Completas*, Vol. XXIII. Buenos Aires: Amorrortu Editores.
- Frías Caballero, Jorge (1981). *Imputabilidad penal*. Buenos Aires: Ediar SA,
- García Méndez, Emilio (1991). "Prehistoria e historia del control socio-penal de la infancia: política jurídica y derechos humanos en América latina". En: García Méndez y Bianchi (Comps.). *Ser niño en América Latina. De las necesidades a los derechos*. Buenos Aires: Galerna.

- (1992). "Infancia y adolescencia en la Argentina actual: pautas político-jurídicas para la reforma legislativa". Inédito.
- García Méndez, Emilio y Bianchi, María del Carmen (Comps.) (1991). *Ser niño en América Latina. De las necesidades a los derechos*. Buenos Aires: Unicri / Galerna.
- García Méndez, E. y Beloff, M. A. (Comps.) (2004). *Infancia, ley y democracia en América Latina*. Bogotá, D.C.: Editorial TEMIS S.A.
- Gerez Ambertín, Marta (1999a). *El superyó en la clínica Freud-lacanianana. Nuevas contribuciones*. Tucumán: Serie Tesis de la Universidad Nacional de Tucumán.
- (1999b). "Ley, prohibición y culpabilidad". En: *Culpa, responsabilidad y castigo en el discurso jurídico y psicoanalítico*. Tucumán: UNT Editora.
- Gilligan, Carol (1985). *La moral y la teoría. Psicología del desarrollo femenino*. México: FCE.
- González Granados, A. & Argueta Hernández, N. (2005). "Conceptualización y manejo de normas entre adultos y adolescentes en dos escuelas secundarias de la ciudad de México". En: Actas del 30º Congreso Interamericano de la SIP. Buenos Aires: 2005.
- Guemureman, Silvia (2012). Jóvenes y delito: ¿Qué está sucediendo con la legislación. Breve panorama de la Argentina (Documento de Internet). En: http://www.oij.org/es_ES/noticia/jovenes-y-delito-que-esta-sucediendo-con-la-legislacion-breve-panorama-de-la-argentina .
- Harari, Roberto (1985). *Discurrir el psicoanálisis*. Buenos Aires: Ediciones Nueva Visión.
- Herrera, Marisa (2009): "Ensayo para pensar una relación compleja: sobre el régimen jurídico de la capacidad civil y representación legal de niños, niñas y adolescentes desde el principio de autonomía progresiva en el derecho argentino". En: *Justicia y Derechos del Niño*, Nro. 11. Santiago de Chile: UNICEF.
- Hersh, R., Paolito, D., Reimer, J. (1984). *El crecimiento moral. De Piaget a Kohlberg*. Madrid: Narcea S.A.
- Ingenieros, José (1913/2002). *Criminología*. Buenos Aires: Buena Vista Editores.
- Inhelder, Barbel y Piaget, Jean (1955/1996). *De la lógica del niño a la lógica del adolescente*. Barcelona: Paidós Ibérica.
- Kohlberg, L. (1976), Estadios morales y moralización. El enfoque cognitivo-evolutivo. En: Turiel, Enesco y Linaza (Comps.) (1989), *El mundo social en la mente infantil*. Madrid, Editorial Alianza. Págs. 71-100.
- (1984). *Psicología del desarrollo moral*. Bilbao: Desclée de Brouwer
- (1968). El niño como filósofo moral. En: Delval, J. (comp.) *Lecturas de psicología del niño*. Vol. 2. Madrid, Alianza, 1978. Págs. 303-314.
- Lacan, Jacques (1934/1980). *De la psicosis paranoica en sus relaciones con la personalidad*. México: Siglo XXI Editores.

- (1948/1985). La agresividad en psicoanálisis. En: *Escritos I*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- (1949/1985). El estadio del espejo como formador de la función del yo tal como se nos revela en la experiencia psicoanalítica. En: *Escritos I*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- (1951/1985). Introducción teórica a las funciones del psicoanálisis en criminología. *Escritos I*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- (1953/1985). Función y campo de la palabra y del lenguaje en psicoanálisis. En: *Escritos I*, Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- (1954/1985). Respuesta al comentario de Jean Hyppolite sobre la Verneinung de Freud, S.. En: *Escritos I*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- (1962/1988). Kant con Sade. En: *Escritos II*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- (1966/1988). De una cuestión preliminar a todo tratamiento posible de la psicosis. En: *Escritos II*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- (1984). *El Seminario. Libro III, Las Psicosis (1955–56)*. Buenos Aires: Ediciones Paidós.
- (1988). *Seminario VII: La Ética del Psicoanálisis (1959-60)*. Buenos Aires: Ediciones Paidós.
- (1988). *Seminario XI: Los cuatro conceptos fundamentales del Psicoanálisis (1964)*. Buenos Aires: Ediciones Paidós.
- Legendre, Pierre *et al.* (1987). *El discurso jurídico. Perspectiva psicoanalítica y otros abordajes epistemológicos*. Avellaneda: Editorial Hachette.
- Leguil, Françoise (1990). Rasgos de perversión. *Revista Escansión*, Nro. 2, 13-20. Buenos Aires: Manantial.
- Ley 22.278. Régimen Penal de la Minoridad. En: <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/110000-114999/114167/texact.htm>
- López-Rey, Manuel (1981). *Criminología. Teoría, delincuencia juvenil, prevención, predicción y tratamiento*. Madrid: Biblioteca Jurídica Aguilar.
- Maltaneres, Valentina B. (2004). Juicio moral de preadolescentes ante el dilema de la corrupción. Contribución a la formación ética-ciudadana de alumnos de la EGB. En: Investigaciones de la Facultad de Psicología (UNR). Rosario: 2004.
- Manasseri, A. (1993). Acerca de los llamados fundamentos psicológicos de la imputabilidad penal. En: Degano, Jorge A. (Comp.). *El sujeto y la ley*. Rosario: Homo Sapiens Ediciones.
- Marchesi, A., Palacios, J., Carretero, M. (Comps.) (1995). Cap. 11: "El conocimiento social de los niños". En: *Psicología evolutiva. 2. Desarrollo cognitivo y social del niño*. Madrid: Alianza Psicología.
- Marchesi, Álvaro (1984/1995). "El desarrollo moral". En: Palacios, Marchesi, Carretero (Comps.). *Psicología Evolutiva. Vol. 2: El desarrollo cognitivo y social del niño*. Madrid: Alianza Psicología.

- Marí, Enrique *et al.* (1987). *Derecho y Psicoanálisis. Teoría de las ficciones y función dogmática*. Avellaneda: Editorial Hachette.
- Minyersky, Nelly & Herrera, Marisa (2006): "Autonomía, capacidad y participación a la luz de la ley 26.061", en García Méndez, E. (Comp.), *Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Análisis de la ley 26.061*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Minyersky, Nelly (2007): "Capacidad Progresiva de los niños en el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño". En: Grosman, Cecilia (Dir.) y Herrera, Marisa (Coord.) *Hacia una Armonización del Derecho de Familia en el Mercosur y Países Asociados*. Buenos Aires: Lexis Nexis.
- Morlachetti, Alejandro (2013). Sistemas integrales de protección de la infancia. Fundamentos jurídicos y estado de aplicación en América Latina y el Caribe. Documento de CEPAL-UNICEF, extraído de: <http://www.cepal.org/es/publicaciones/4040-sistemas-nacionales-de-proteccion-integral-de-la-infancia-fundamentos-juridicos-y>
- Muñoz Sabaté, Luis (1980). *Introducción a la psicología Jurídica*. México: Trillas.
- Nelson, J. R., Smith, D. J. & Dodd, J. (1990). The moral reasoning of juvenile delinquents: A meta-analysis. En: *Journal of Abnormal Child Psychology*. Vol. 18, 3. 231-239.
- Núñez, Ricardo (1943). Bosquejo de la culpabilidad. En: *La concepción normativa de la culpa*. Buenos Aires: Depalma.
- Perrino, Jorge O. (2012). Derecho Civil. En: *Revista del Colegio de Abogados de La Plata, Edición especial sobre la reforma y unificación del Código Civil y Comercial de la Nación, Año LIV*, noviembre de 2012. Documento de Internet: http://www.calp.org.ar/uploads/docs/reforma_codigo_civil.pdf
- Piaget, Jean (1926/1984). *La representación del mundo en el niño*. Madrid: Morata S.A.
- (1932/1971). *El criterio moral en el niño*. Barcelona: Fontanella S.A., 1971.
- (1936/2003). *El nacimiento de la inteligencia en el niño*. Madrid: Editorial Crítica.
- (1937/1965). *La construcción de lo real en el niño*. Buenos Aires: Proteo.
- (1946/1961). *La formación del símbolo en el niño*. México: Fondo de Cultura Económica.
- (1964/1985). *Seis estudios de psicología*. Barcelona: Planeta-De Agostini.
- (1969/1988). *Psicología y pedagogía*. Buenos Aires: Editorial Ariel.
- (1970/1985). *Psicología y epistemología*. Barcelona: Editorial Planeta-De Agostini.
- Piaget, Jean & Inhelder, Barbel (1955/1996). *De la lógica del niño a la lógica del adolescente*. Barcelona: Paidós Ibérica.
- (1969/2007). *Psicología del niño*. Madrid: Ediciones Morata.

- Pommier, Gérard (1985). *Lógica de la psicosis*, Buenos Aires: Catálogos.
- Puig Rovira, Josep M. (1996). *La construcción de la personalidad moral*. Barcelona: Paidós Ibérica S.A.
- Quiroga, Susana (2004). "Adolescentes con conducta antisocial y autodestructiva: estudio epidemiológico y nuevas técnicas terapéuticas". En: *XII Anuario de Investigaciones*. Publicación de la Facultad de Psicología-UBA. Buenos Aires: 2004.
- Ramírez, J. & Zerpa, C. (2005). "Confiabilidad y validez de un índice objetivo de medición del desarrollo moral en estudiantes universitarios venezolanos. Buenos Aires: Actas del 30º Congreso Interamericano de la SIP.
- Retuerto Pastor, A., Pérez Delgado, E. y Mestre Escrivá, M. V. (2004). "Relación entre razonamiento moral, razonamiento prosocial y empatía". En: *Psicología Educativa*, 10 (1), 45-67.
- Rojas, Nerio (1932). *Psiquiatría forense*. Buenos Aires: Editorial El Ateneo.
- Sabater Tomas, Antonio (1967), *Los delincuentes jóvenes*, Barcelona, Hispano Europea.
- Selman, Robert (1980). *The Growth of Personal Understanding*. New York: Academic Press.
- Smetana, J. G., (1990). Morality and conduct disorders. En: LEWIS, M. y MILLER, S. M. (eds.) *Handbook of Developmental Psychopathology* (p. 157-179). New York: Plenum Press.
- Soler, Sebastián (1976). *Derecho penal argentino*. Tomo II: "La imputabilidad y las causas que la excluyen". Buenos Aires: TEA.
- Tenca, A. M. (2009), *Imputabilidad del psicópata*. Buenos Aires: Astrea.
- Travacio, Mariana (1997). "Algunas consideraciones acerca de la psicología forense y el discurso jurídico". En: Revista *Investigaciones en Psicología*, Nro. 1, UBA.
- Turiel, E. & Smetana, M. (1989). Conocimiento Social y Acción: la coordinación de los dominios. En: Turiel, Enesco y Linaza (Comps.), *El mundo social en la mente infantil*. Madrid: Editorial Alianza.
- Turiel, E. (1983). El desarrollo del conocimiento moral. Moralidad y convención. Madrid: Debate.
- Vezzetti, Hugo (1982), "La locura y el delito. Un análisis del discurso criminológico en la Argentina del Novecientos". En: AA.VV. (1982), *El discurso jurídico. Perspectiva psicoanalítica y otros abordajes epistemológicos*. Buenos Aires: Hachette.
- (1983). *La locura en la Argentina*, Buenos Aires: Folios Ediciones.
- Villegas de Posada, M. C. (2005). "Intervención en desarrollo moral a través de la discusión de dilemas y autoconfrontación emocional". En: Buenos Aires: Actas del 30º Congreso Interamericano de la SIP.
- Viñas, Raúl Horacio (1983). *Delincuencia juvenil y derecho penal de menores*. Buenos Aires: Ediar.

- Yáñez Canal, Jaime (2004). Debates en la psicología del desarrollo moral. En: Aguirre, E. & Yáñez Canal, J. (Eds.). *Diálogos 1. Discusiones actuales en Psicología*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Zaffaroni, Eugenio R. (1973). *Teoría del delito*. Cap. 25: "La culpabilidad", págs. 579-600. Buenos Aires: EDIAR S.A. Editora.
- (1980/1995). La inexigibilidad de comprensión de la antijuridicidad por incapacidad psíquica (Cap. XXXIII, Vol. IV). En: *Tratado de derecho penal - Parte General* (5 Volúmenes). Buenos Aires: EDIAR.
- (1982). El derecho. Nociones fundamentales. En: CABELLO, Vicente P. *Psiquiatría forense en el derecho penal*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi.
- (1989). *En busca de las penas perdidas (deslegitimación y dogmática jurídico-penal)*. Buenos Aires: EDIAR.
- Zerpa, Carlos (2005). "Contrastación de un modelo estructural de las relaciones entre esquemas de razonamiento moral, comprensión de la lectura y comprensión de textos morales en una muestra de estudiantes de un curso introductorio de Ingeniería". Buenos Aires: Actas del 30º Congreso Interamericano de la SIP.

Bibliografía no citada pero de interés teórico

- Bacigalupo, Enrique (1974). *Lineamientos de la teoría del delito*. Buenos Aires: Astrea.
- Barba Casillas, Bonifacio (2000a). "El razonamiento moral de principios en estudiantes de secundaria y bachillerato en Aguascalientes". En: Eliézer de los Santos (comp.), *La investigación educativa y el conocimiento sobre los alumnos*. Colima: Universidad de Colima.
- (2000b). "Valores y razonamientos morales en estudiantes de secundaria y bachillerato en Aguascalientes". En: *Séptimo Simposio de investigación y desarrollo tecnológico. Memoria*. Aguascalientes: Universidad de Aguascalientes.
- (2005). "Historias personales en el desarrollo moral". Buenos Aires: Actas del 30º Congreso Interamericano de la SIP.
- Baum, Graciela (2006). Desarrollo moral, educación moral, formación docente moral desde una perspectiva cognitivo-evolutiva: El caso de la escuela media. *Puertas Abiertas*, 2(2): 82-88.
- Blassi, A. (1980). Bridging moral cognition and moral action: a critical review of literature. En: *Psychological Bulletin*, 88, 1-45.
- Carretero, Mario (1997). *Introducción a la psicología cognitiva*. Buenos Aires: AIQUE, Grupo Editor.
- Casullo, María Martina (1988). *Las técnicas psicométricas y el diagnóstico psicopatológico*. Buenos Aires: Lugar Editorial.
- (1998). *Adolescentes en riesgo. Identificación y orientación psicológica*. Buenos Aires: Paidós.

- Cleckley, Hervey (1941 / 1976). *The mask of sanity*. St. Louis, MO: Mosby.
- D'Angelo, Flavio A. (2013). Reflexiones en torno a una ficción: la premisa de la incapacidad como fundamento político-criminal de la inimputabilidad en el derecho penal de menores. En: *CS*, 11, 367-395. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad ICESI. Enero-junio de 2013. Santiago de Cali, Colombia.
- D'Antonio, Daniel H. (1978/1992). *El menor ante el delito*. Buenos Aires: Astrea.
- Del Popolo, Juan H. (1996). *Psicología Judicial*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo.
- Derogatis, Leonard R. (1994). *SCL-90-R. Symptom-Checklist-90-R. Administration, Scoring and Procedures Manual*. Minneapolis: National Computer System.
- Espinosa González, Luis E. (2003). Discusión de dilemas morales como método de aprendizaje ético. Propuesta de evaluación de conocimientos no "correctos" bajo parámetros. México: Universidad de Monterrey.
- Etxebarria, I. (2000). El desarrollo moral. En: LÓPEZ, F., ETXEBARRIA, I., FUENTES, M. J. & ORTIZ, M. J. (2000), *Desarrollo afectivo y social*. Madrid: Pirámide.
- (1994). Cognición y acción moral. En C. Medrano (Dir.), *Desarrollo de los valores y educación moral*. San Sebastián: Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco.
- García Méndez, E. (2001). *Adolescentes y responsabilidad penal*. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc.
- Henríquez Bilbao, G. (2005). "Incorporación de elementos psicológicos al tratamiento de penados beneficiados con medidas alternativas al cumplimiento de pena de prisión". Buenos Aires: Actas del 30º Congreso Interamericano de la SIP.
- Mira y López, Emilio (1980). Cap. I (Estado actual de la Psicología como ciencia). En: *Manual de psicología Jurídica*. Buenos Aires: El Ateneo.
- Rest, J. R. (1975). Longitudinal study of the Defining Issues Test of moral judgment: A strategy for analyzing developmental change. En: *Developmental Psychology*, 11.
- (1979). *Development in Judgment Moral Issues*. Minneapolis: University of Minnesota Press.
- *et al.* (1974). Judging the important issues in moral dilemmas. An objective measure of development. En: *Developmental Psychology*, 10.
- Vidal, Fernando (1998). *Piaget antes de ser Piaget*. Madrid: Ediciones Morata.

ANEXOS

Anexo Nº 1:

Consentimiento informado

Por la presente doy mi autorización para ser entrevistado por.....
..... para el estudio *Salud Mental y desarrollo moral en adolescentes en conflicto con la ley penal* que está realizando la Facultad de Psicología de la Universidad Nacional de Rosario. Este estudio tiene como objetivo conocer datos sobre el estado psicológico actual y la salud mental de los jóvenes de edades comprendidas entre los 13 y 16 años alojados en el IRAR, y cuenta con la autorización de la Dirección Provincial del Menor en Conflicto con la Ley Penal y de los Jueces de Menores intervinientes.

La participación en el estudio implica responder a dos encuestas que se realizan en forma individual y tienen una duración de aproximadamente 60 minutos en total. Las respuestas y opiniones son estrictamente confidenciales y en ningún informe de este estudio se identificará a la persona participante.

Se me ha informado que los jóvenes que participan en el estudio han sido elegidos por estar comprendidos dentro del rango de edad citado arriba y lo hacen en forma voluntaria siempre que decidan colaborar.

Mi colaboración es totalmente voluntaria y tengo claro que aún después de iniciada la entrevista puedo negarme a responder alguna de las preguntas o a interrumpir mi participación. Es también de mi conocimiento que el entrevistador puede ponerse en contacto conmigo en otro momento, a fin de completar alguna pregunta de la encuesta.

Este estudio permitirá conocer mejor el estado psicológico actual de los adolescentes alojados en institutos de menores. Sin embargo, yo no recibiré un beneficio directo como resultado de mi colaboración.

Firma del Entrevistado

33. Tener miedos.					
34. Sentirme herido en mis sentimientos.					
35. Creer que la gente sabe qué estoy pensando.					
36. Sentir que no me comprenden.					
37. Sentir que no le caigo bien a la gente (que no les gusto).					
38. Tener que hacer las cosas muy despacio para estar seguro/a de que están bien hechas.					
39. Mi corazón late muy fuerte, se acelera.					
40. Náuseas o dolor de estómago.					
41. Sentirme inferior a los demás.					
42. Calambres en manos, brazos o piernas.					
43. Sentir que me vigilan o que hablan de mí.					
44. Tener problemas para dormirme.					
45. Tener que controlar una o más veces lo que hago.					
46. Tener dificultades para tomar decisiones.					
47. Tener miedo de viajar en tren, ómnibus o subterráneos.					
48. Tener dificultades para respirar bien.					
49. Ataques de frío o de calor.					
50. Tener que evitar acercarme a algunos lugares o actividades porque me dan miedo.					
51. Sentir que mi mente queda en blanco.					
52. Hormigueos en alguna parte del cuerpo.					
53. Tener un nudo en la garganta.					
54. Perder las esperanzas en el futuro.					
55. Dificultades para concentrarme en lo que estoy haciendo.					
56. Sentir flojedad, debilidad, en partes de mi cuerpo.					
57. Sentirme muy nervioso/a, agitado/a.					
58. Sentir mis brazos y piernas muy pesados.					
59. Pensar que me estoy por morir.					
60. Comer demasiado.					
61. Sentirme incómodo/a cuando me miran o hablan de mí.					
62. Tener ideas, pensamientos, que no son míos.					
63. Necesitar golpear o lastimar a alguien.					
64. Despertarme muy temprano por la mañana, sin necesidad.					
65. Repetir muchas veces algo que hago: contar, lavarme, tocar cosas.					
66. Dormir con problemas, muy inquieto/a.					
67. Necesitar romper o destrozar cosas.					
68. Tener ideas o pensamientos que los demás no entienden.					
69. Estar muy pendiente de lo que los demás puedan pensar de mí.					
70. Sentirme incómodo/a en lugares donde hay mucha gente.					
71. Sentir que todo me cuesta mucho esfuerzo.					
72. Tener ataques de mucho miedo o de pánico.					
73. Sentirme mal si estoy comiendo o bebiendo en público.					
74. Meterme muy seguido en discusiones.					
75. Ponerme nervioso/a cuando estoy solo/a.					
76. Sentir que los demás no me valoran como merezco.					
77. Sentirme solo/a aún estando con gente.					
78. Estar inquieto/a; no poder estar sentado/a sin moverme.					
79. Sentirme un/a inútil.					
80. Sentir que algo mal me va a pasar.					
81. Gritar o tirar cosas.					
82. Miedo a desmayarme en medio de la gente.					
83. Sentir que se aprovechan de mí si los dejo.					
84. Pensar cosas sobre el sexo que me molestan.					
85. Sentir que debo ser castigado/a por mis pecados.					

86. Tener imágenes y pensamientos que me dan miedo.					
87. Sentir que algo anda mal en mi cuerpo.					
88. Sentirme alejado/a de las demás personas.					
89. Sentirme culpable.					
90. Pensar que en mi cabeza hay algo que no funciona bien.					

Hoja de Respuestas

SCL - 90 R	d/m/a
APELLIDO Y NOMBRE:	
EDAD:	

DIMENSION:													P	P/i	T	
Somatizaciones	1	4	12	27	40	42	48	49	52	53	56	58	*	0	0,00	
Obsesiones-Compulsiones	3	9	10	28	38	45	46	51	55	65	*	*	*	0	0,00	
Sensitividad Interpersonal	6	21	34	36	37	41	61	69	73	*	*	*	*	0	0,00	
Depresión	5	14	15	20	22	26	29	30	31	32	54	71	79	0	0,00	
Ansiedad	2	17	23	33	39	57	72	78	80	86	*	*	*	0	0,00	
Hostilidad	11	24	63	67	74	81	*	*	*	*	*	*	*	0	0,00	
Ansiedad Fóbica	13	25	47	50	70	75	82	*	*	*	*	*	*	0	0,00	
Ideación Paranoide	8	18	43	68	76	83	*	*	*	*	*	*	*	0	0,00	
Psicoticismo	7	16	35	62	77	84	85	87	88	90	*	*	*	0	0,00	
Total														0		

ÍTEMS ADICIONALES	Í	P
Falta de apetito	19	
Problemas para dormir	44	
Pensamientos s/muerte	59	
Comer en exceso	60	
Despertar muy temprano	64	
Sueño intranquilo	66	
Sentimientos de culpa	89	
Total (IA)	0	

INDICES GLOBALES	P	T
Id. de Severidad Global		
Tot. de Síntomas Positivos		
Id. de Malestar Positivo		

Observaciones:

Anexo Nº 2 (Cont.)

1	SOM	Somatizaciones (ítems 1, 4, 12, 27, 40, 42, 48, 49, 52, 53, 56, 58): evalúa la presencia de malestares que la persona percibe relacionados con diferentes disfunciones corporales (cardiovasculares, gastrointestinales, respiratorias).
2	OBS	Obsesiones y compulsiones (ítems 3, 9, 10, 28, 38, 45, 46, 51, 55, 65): Incluye síntomas que se identifican con el síndrome clínico del mismo nombre.
3	SI	Sensitividad interpersonal (ítems 6, 21, 34, 36, 37, 41, 61, 69, 73): Se focaliza en detectar la presencia de sentimientos de inferioridad e inadecuación, en especial cuando la persona se compara con sus semejantes.
4	DEP	Depresión (ítems 5, 14, 15, 20, 22, 26, 29, 30, 31, 32, 54, 71, 79): Los ítems que integran esta subescala representan una muestra representativa de las principales manifestaciones clínicas de un trastorno de tipo depresivo: estado de ánimo disfórico, falta de motivación, poca energía vital, sentimientos de desesperanza, ideación suicida.
5	ANS	Ansiedad (ítems 2, 17, 23, 33, 39, 57, 72, 78, 80, 86): Evalúa la presencia de signos generales de ansiedad tales como nerviosismo, tensión, ataques de pánico, miedos.
6	HOS	Hostilidad (ítems 11, 24, 63, 67, 74, 81): Hace referencia a pensamientos, sentimientos y acciones característicos de la presencia de afectos negativos de enojo.
7	FOB	Ansiedad fóbica (ítems 13, 25, 47, 50, 70, 75, 82): Este malestar alude a una respuesta persistente de miedo (a personas específicas, lugares, objetos, situaciones) que es en sí misma irracional y desproporcionada en relación con el estímulo que la provoca.
8	PAR	Ideación paranoide (ítems 8, 18, 43, 68, 76, 83): Evalúa comportamientos paranoides fundamentalmente en tanto desórdenes del pensamiento: pensamiento proyectivo, suspicacia, temor a la pérdida de autonomía.
9	PSIC	Psicoticismo (ítems 7, 16, 35, 62, 77, 84, 85, 87, 88, 90): Esta dimensión se ha construido con la intención de que represente el constructo en tanto dimensión continua de la experiencia humana. Incluye síntomas referidos a estados de soledad, estilo de vida esquizoide, alucinaciones y control de pensamiento.
10	ISG	Índice de severidad global: Es un muy buen indicador del nivel actual de la severidad del malestar. Combina el número de síntomas reconocidos como presentes con la intensidad del malestar percibido. Se calcula sumando las puntuaciones obtenidas en las nueve dimensiones de síntomas y en los ítems adicionales.
11	SP	Total de Síntomas Positivos: Se estima contando el total de ítems que tienen una respuesta positiva (mayor que cero). En sujetos de población general, puntuaciones brutas iguales o inferiores a 3 en varones e iguales o inferiores a 4 en mujeres son consideradas como indicadores de un intento consciente de mostrarse mejores de lo que realmente están (imagen positiva). Puntuaciones brutas superiores a 50 en varones y a 60 en mujeres indican lo contrario: tendencia a exagerar sus patologías.
12	IMP	Índice de Malestar Positivo: Pretende evaluar el estilo de respuesta indicando si la persona tiende a exagerar o a minimizar los malestares que la aquejan. Se calcula dividiendo la suma total de las respuestas dadas a los ítems por el valor obtenido en Síntomas Totales Positivos (STP). Puntuaciones extremas en este índice también sugieren patrones de respuestas que deben analizarse en términos de actitudes de fingimiento.
	Otros	Más otros siete ítems adicionales que no se incorporan a las nueve dimensiones ya mencionadas, pero tienen relevancia clínica: 19, 44, 59, 60, 64, 66, 89.

Anexo Nº 3

Entrevista sobre Juicio Moral

APELLIDO Y NOMBRE:

EDAD:

A. Juan era un chico de catorce años que tenía muchas ganas de irse de campamento. Su padre le prometió que podría ir si conseguía el dinero por sí mismo. Por eso, Juan trabajó y ahorró los cien pesos que le costaba ir de campamento y un poco más. Entonces, su padre cambió de opinión: sus amigos habían decidido ir de pesca, y como el padre tenía poco dinero, le pidió a Juan que le diera sus ahorros. Juan no quiso renunciar al campamento y se negó a dar a su padre el dinero que había ganado.

1.- ¿Debía Juan negarse a dar el dinero a su padre?

¿Por qué sí? o ¿Por qué no?

Interpretación:

2.- ¿Es importante cumplir una promesa?

¿Por qué sí? o ¿Por qué no?

Interpretación:

3.- ¿Es igual de importante cumplir una promesa a alguien que no conocés muy bien y que probablemente no volverás a ver?

¿Por qué? o ¿Por qué no?

Interpretación:

4.- ¿Qué te parece lo más importante que un hijo debe hacer en la relación con su padre?

¿Por qué es lo más importante?

Interpretación:

5.- ¿Qué te parece lo más importante que un padre debe hacer en la relación con su hijo?

¿Por qué es lo más importante?

Interpretación:

B. Una mujer estaba a punto de morir de una enfermedad muy rara. Pero existía una medicación que, según su médico, podía salvarla. Era un medicamento único que un farmacéutico de la ciudad acababa de descubrir. Su preparación era cara, pero él le subía el precio diez veces: pagaba 2 mil pesos de costo, pero después de envasado lo cobraba 20 mil. El marido de la mujer enferma, Enrique, pidió dinero prestado a toda la gente que conocía pero con lo que le dieron, sólo consiguió 10 mil pesos, la mitad de lo que costaba. Enrique dijo al farmacéutico: “Mi mujer se está muriendo, por favor, véndame el remedio más barato o déjeme pagárselo en otro momento”. Pero el farmacéutico le contestó: “No, yo he descubierto la medicina y tengo que ganar dinero con ella.” Entonces Enrique entró desesperado en la farmacia y robó la medicina para su mujer.

1.- ¿Era correcto que Enrique robara el remedio?

¿Por qué sí? o ¿por qué no?

Interpretación:

2.- Si Enrique no quisiera a su mujer, ¿debería robar el remedio?

¿Por qué? o ¿por qué no?

Interpretación:

**3.- Imaginate que la persona que se está muriendo no es su mujer sino un extraño.
¿Debería Enrique robar la medicina por un extraño?
¿Por qué? o ¿por qué no?**

Interpretación:

**4.- (Si piensa que Enrique debería robar la medicina por un extraño): Imagina que es un pobre perro al que quiere mucho, ¿debería en este caso robar la medicina?
¿Por qué? o ¿por qué no?**

Interpretación:

**5.- ¿Es importante hacer todo lo posible para salvar otra vida?
¿Por qué? o ¿por qué no?**

Interpretación:

C. Andrés, un muchacho que sabía nadar muy bien, fue solicitado para que enseñara a nadar a niños minusválidos, que no podían andar, con el propósito de que fortalecieran sus piernas. Andrés, por su gran experiencia, tanto en el deporte como en la enseñanza, era el único en su ciudad que podía hacer muy bien este trabajo.

Sin embargo, ayudar a los niños minusválidos le llevaría mucho tiempo, después del trabajo y la escuela, y él había decidido entrenar lo más posible para una serie de campeonatos de natación que se iban a celebrar próximamente. Si Andrés no practicaba en todo su tiempo libre disponible, su oportunidad de ganar los campeonatos, así como de conseguir que le pagaran la educación o una suma importante de dinero, se reducirían enormemente.

**1.- ¿Qué debería hacer Andrés?
¿Por qué?**

Interpretación:

**2.- ¿Es importante ayudar a los demás en situaciones como ésta?
¿Por qué?**

Interpretación:

**3.- Si vos estuvieras en el lugar de Andrés, ¿qué es lo que harías?
¿Por qué?**

Interpretación:

NIVEL - ESTADIO	<i>Lo que está bien</i>	<i>Razones p/hacer</i>	<i>Perspectiva social</i>
<p>Nivel I: Preconvencional</p> <p>Estadio 1: Moralidad heterónoma</p> <p>Estadio 2: Individualismo. Fines instrumentales e intercambio (<i>La acción moral exige reciprocidad</i>)</p>	<p>Someterse a reglas apoyadas por el castigo; obediencia por sí misma; evitar daño físico...</p> <p>Seguir reglas sólo por interés inmediato; actuar por propios intereses y dejar a los otros hacer lo mismo. El bien es lo justo, pacto, acuerdo.</p>	<p>Evitar el castigo; poder superior de las autoridades.</p> <p>Servir los propios intereses en un mundo donde se debe reconocer que los demás también tienen intereses.</p>	<p><i>Punto de vista egocéntrico. <u>No considera intereses del otro</u> o reconoce que son distintos de los de él.</i></p> <p><i>Perspectiva concreta individualista. El bien es relativo en sentido concreto individualista</i></p>
NIVEL - ESTADIO	<i>Lo que está bien</i>	<i>Razones p/hacer</i>	<i>Perspectiva social</i>
<p>Nivel II: Convencional.</p> <p>Estadio 3: expectativas interpersonales mutuas. Relaciones y conformidad interpersonal. (<i>Adopción de la perspectiva de una tercera persona</i>)</p> <p>Estadio 4: sistema social y conciencia</p>	<p>Vivir de acuerdo con lo que espera la gente cercana de un buen hijo, hermano, amigo, etc. "Ser bueno". Relaciones basadas en confianza, lealtad, respeto y gratitud.</p> <p>Cumplir con los deberes; mantener las leyes excepto cuando entren en conflicto con otras reglas sociales fijas. El bien está también en contribuir a la sociedad, grupo o institución.</p>	<p><u>Necesidad de ser buena persona a los propios ojos y a los de los demás</u>; deseo de mantener las reglas y la autoridad que apoyan la típica buena conducta. <i>Las obligaciones morales se basan en lo que esperan los demás</i></p> <p><u>Mantener la institución en marcha</u>; imperativo de la conciencia para cumplir con obligaciones definidas de uno (no confundir con creencia estadio 3).</p>	<p><i>Perspectiva del individuo con relación a otros individuos. Conciencia de sentimientos compartidos, acuerdos y expectativas que <u>toman primacía sobre intereses individuales.</u></i></p> <p><i>Diferencia el p.de v. de la sociedad de acuerdos o motivos interpersonales. Toma el p.de v. del sistema que define roles y reglas; considera relaciones interpersonales en términos de lugar en el sistema.</i></p>
NIVEL – ESTADIO	<i>Lo que está bien</i>	<i>Razones p/hacer</i>	<i>Perspectiva social</i>
<p>Nivel III: Postconvencional (principios)</p> <p>Estadio 5: Contrato social o utilidad y derechos individuales.</p>	<p>Ser consciente de que la gente tiene variedad de valores y opiniones y que la mayoría de sus valores y reglas son relativas a su grupo. Valores y reglas no relativas (vida y libertad)</p>	<p>Sentido de obligación de ley a causa del contrato social de ajustarse a las leyes por el bien de todos. Sentimiento de compromiso que se acepta libremente para con familia, amistad y</p>	<p><i>Perspectiva anterior a la sociedad. <u>Individuo consciente de valores y derechos antes que de acuerdos sociales.</u> Integra perspectivas por mecanismos de acuerdo, contrato, imparcialidad</i></p>

<p>Estadio 6: Principios éticos universales.</p>	<p>se deben mantener en cualquier sociedad, sea cual sea la opinión de la mayoría.</p> <p>Según principios éticos escogidos por uno mismo. Las leyes y acuerdos sociales son válidos porque se apoyan en tales principios; cuando las leyes los violan, uno actúa acorde con sus propios principios. Principios universales: igualdad de los derechos humanos y respeto por la dignidad de los seres humanos como individuos.</p>	<p>trabajo. “El mayor bien para el mayor número posible”.</p> <p>La creencia como persona racional en la validez de principios morales universales y un sentido de compromiso personal con ellos.</p>	<p>objetiva y debido proceso. Considera perspectiva legal y moral; reconoce que a veces están en conflicto y encuentra difícil integrarlos.</p> <p><i>Perspectiva de un punto de v. moral del que parten los acuerdos sociales.</i> La perspectiva es la de un individuo racional que reconoce la naturaleza de la moralidad o el hecho de que las personas son fines en sí mismas y como tales se las debe tratar.</p>
---	---	---	---

Cuadro 7

	Cognición	Percepción Social	Juicio Moral
1	Preoperatorio	Perspectiva: del individuo concreto.	Preconvencional
2	Operatoria Concreta	Perspectiva: de miembro de la sociedad.	Convencional
3	Operatoria Formal	Perspectiva: más allá de la sociedad.	Postconvencional



Anexo Nº 4

Tabla Nro. 1

UA	Edad	SX	SOM	OBS	SI	DEP	ANS	HOS	FOB	PAR	PSIC	IGS	IMP	SP	JMO
A1	15	M	50	50	<65	<80	50>	50	<50	<50	<50	80>	<50	<65	2
A2	13	M	80	<80	<65	65>	80>	<65	80>	<50	65>	80>	80	65	2
A3	16	M	<65	<65	<65	65>	80>	<50	<65	<65	65>	80>	65	<65	2
A4	16	M	50>	35>	<35	35>	<50	50>	<35	<35	<35	50>	<65	35>	2
A5	14	M	<50	<50	<50	<50	<50	35>	<35	<50	<50	<80	35	50	2
A6	14	M	<65	65	<50	50>	<65	50	<50	<50	<65	80	80	<50	2
A7	15	M	<80	80>	<80	<80	80>	<65	65>	<80	65>	80>	<80	65	2
A8	16	M	50>	<65	<65	65>	<65	50>	<65	<65	50>	80>	50	<65	2
A9	16	M	<35	50>	50>	65	50>	<50	50>	35>	35>	80>	50>	50	3
A10	16	M	35>	65>	<50	<50	<65	50>	50>	<50	50>	80>	<65	<50	2
A11	15	M	<65	65>	<50	80>	65>	<50	50>	<65	65>	80>	65>	<65	2
A12	16	M	80>	50>	<50	<65	65>	<35	<50	50>	<65	80>	65	50>	2
A13	16	M	50	50>	65>	50>	<50	<50	50	<65	<65	80>	<65	50	2
A14	16	M	<35	35>	<35	<35	<35	<35	<35	<35	<35	35	50>	<35	2
A15	16	M	<65	<80	50>	<80	65>	50>	65>	<50	65>	80>	65	<65	2
A16	16	M	50>	<35	<35	50>	50>	<80	50>	<35	<50	80>	50>	<50	2
A17	15	M	50>	<50	<50	65>	50>	35>	<35	<65	<65	80>	65>	50	2
A18	14	M	65>	65>	50>	65>	65>	<50	65>	<50	65>	80>	<80	50>	2
A19	13	M	65>	<65	50>	<80	80>	50>	<65	<65	65>	80>	65	<65	2
A20	14	M	<50	<50	<35	<35	<35	<35	<35	<50	<35	65	<50	35>	2
A21	15	M	50>	50>	50>	<50	50>	<65	<35	50>	50	80>	<50	50>	2
A22	15	M	<65	<50	<50	35>	<50	35>	35>	<50	<35	80	<50	<50	2
A23	14	M	<50	35>	<50	<50	35>	<50	<50	<35	<35	65	<50	<50	2
A24	15	M	65	<50	50>	50>	<50	50>	<65	<65	<50	80	50	50	3
A25	16	M	65	65>	80>	65	<80	<35	80>	<80	<65	80>	<80	<65	2
A26	15	M	50	50	35	50	50>	35>	35>	50	<50	80	<50	<50	3
A27	16	M	<80	65>	<80	80>	80>	<65	80>	<80	<80	80>	65>	65	3
A28	15	M	<35	35>	35>	35>	<35	<35	<35	<35	<35	35>	35	35	3
A29	14	M	<50	50>	<50	50	50	65>	<35	50>	50	80>	50	50	2
A30	13	M	35>	50>	50>	35	35	35	<35	<35	<35	65	35>	35>	2
A31	15	M	<65	50>	65>	65	<65	50>	65>	50	<50	80>	<65	50>	3

Tabla Nro. 5

EJE I (Trastornos Clínicos)		EJE II (Trastornos de Personalidad)	
A1	DEP	-	Intenso malestar
A2			Exagera abusivamente (fingimiento)
A3	ANS, DEP	PSIC	Intenso malestar
A4	-	-	Padecimiento psicológico dentro de valores normales
A5	-	-	Malestar positivo, pero tiende a minimizar padecimiento
A6	-	OBS	Intenso malestar
A7			Exagera abusivamente (fingimiento)
A8	DEP	-	Intenso malestar
A9	DEP	-	Intenso malestar
A10	-	OBS	Intenso malestar
A11	DEP, ANS	OBS, PSIC	Tiende a exagerar malestar
A12	SOM, ANS	-	Intenso malestar
A13	-	SI	Intenso malestar
A14	-	-	Intento de dar una imagen mejor, sin sintomatología.
A15	DEP, ANS, FOB	OBS, PSIC	Intenso malestar
A16	HOS	-	Intenso malestar
A17	DEP	-	Tiende a exagerar malestar
A18	ANS, DEP, SOM, FOB	OBS, PSIC	Tiende a exagerar malestar
A19	ANS, DEP, SOM	PSIC	Intenso malestar
A20	-	-	Minimiza malestar positivo
A21	-	-	Intenso malestar
A22	-	-	Intenso malestar
A23	-	-	Malestar positivo
A24	SOM	-	Intenso malestar
A25	DEP, ANS, SOM, HOS	SI, OBS	Tiende a exagerar malestar
A26	-	-	Intenso malestar, tiende a minimizar
A27			Exagera abusivamente (fingimiento)
A28	-	-	Sin sintomatología positiva, tiende a minimizar
A29	HOS	-	Intenso malestar
A30	-	-	Sin sintomatología positiva, tiende a minimizar
A31	FOB, DEP	SI	Intenso malestar.